



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## **FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL E  
HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y DE LOS  
MOVIMIENTOS SOCIALES Y POLITICOS.**

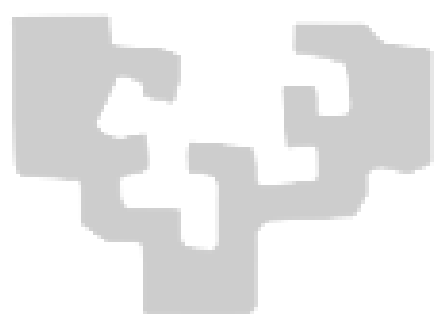
**TESIS DOCTORAL:  
LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS  
DE RED DEL PERU (EN COMPARACIÓN CON LA CNMC  
ESPAÑOLA)**

**Presentada por D. Mirko Andre Maldonado Meléndez, para  
optar al grado de Doctor en Derecho.**

**Dirigida por el Doctor:**

**Eduardo Vírgala Foruria.  
Catedrático de Derecho Constitucional.**

**LEIOA 2016**



eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## **FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL E  
HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y DE LOS  
MOVIMIENTOS SOCIALES Y POLITICOS.**

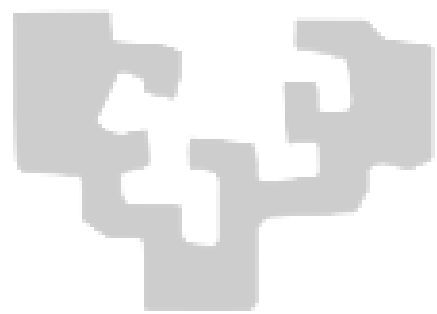
**TESIS DOCTORAL:  
LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS  
DE RED DEL PERU (EN COMPARACIÓN CON LA CNMC  
ESPAÑOLA)**

**Presentada por D. Mirko Andre Maldonado Meléndez, para  
optar al grado de Doctor en Derecho.**

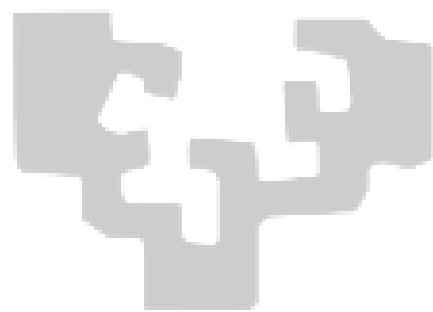
**Dirigida por el Doctor:**

**Eduardo Vírgala Foruria.  
Catedrático de Derecho Constitucional.**

**LEIOA 2016**



“El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen” (artículo 13 de la Constitución de Cádiz).



## ÍNDICE

Resumen.....	xi
Abstract.....	xiv
Abreviaturas.....	xvii
Introducción.....	1
1. Crisis económica en America del sur y liberalización: la aparición de los OR.....	9
2. Problemas que presentan los OR en los ordenamientos español y peruano a raíz de su implantación.....	16
3. Razones que aconsejan la creación de los OR de los servicios de red....	24
4. Otros problemas constitucionales que presentan los OR.....	27

### PRIMERA PARTE

<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>35</b>
-------------------------	-----------

IMPLANTACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DENTRO DEL PROCESO COMUNITARIO EUROPEO Y SUDAMERICANO: “FUNDAMENTOS JURÍDICO – ECONÓMICOS”.....	35
--	----

1. Los OR como un tipo de las Autoridades Administrativas Independientes en España.....	36
2. Los OR dentro del proceso de unificación europea.....	39
3. Los OR de los servicios de red y la gestación del servicio de interés económico general, artículo 106.2 TUE (antiguo artículo 86.2 TCE): la vinculación con los reguladores.....	41
3.1. El Servicio de Interés Económico General.....	41
3.2. Imprecisión doctrinal y falta de definición de los servicios de interés económico general.....	44
4. Regulación normativa de los OR de los servicios en red en España.....	46
5. Regimen Legal de los OR de los servicios en la Red en España.....	49
6. Hacia una nueva formulación de los OR de los servicios en red en España: Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES).....	53
7. La creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), Ley 3/2013, de junio de 2013.....	56
7.1. Naturaleza jurídica de la CNMC.....	61
7.1.1. Desde el punto de vista de su Ley de creación.....	61
7.1.2. Desde el punto de vista de su Estatuto Orgánico (EO-CNMC).....	61
7.2. Estatuto jurídico de la CNMC.....	62
7.2.1. Composición, nombramiento y funciones de sus órganos.....	62
7.2.1.1. Órganos de Gobierno.....	62
7.2.1.2. Órgano de Dirección.....	62
7.2.1.3. Del Consejo.....	62
7.2.2. Duración en el cargo y cese de sus miembros.....	64
7.2.3. Funcionamiento.....	65
7.3. Procedimiento para la toma de decisiones.....	68
7.4. Estructura orgánica.....	69
7.4.1. Dirección de competencia.....	69
7.4.2. Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.....	69

7.4.3. Dirección de Energía .....	70
7.4.4. Dirección de Transportes y del Sector Postal.....	70
7.5. Sobre el personal al servicio de la CNMC.....	70
7.5.1. Personal Directivo.....	71
7.5.2. Personal laboral (no directivo).....	72
7.5.3. Personal eventual.....	73
7.5.4. Régimen de contratación de personal.....	73
7.5.5. Régimen de prohibiciones e incompatibilidades del personal al servicio de la CNMC.....	74
7.6. La independencia de la CNMC.....	75
7.6.1. Independencia orgánica.....	76
7.6.2. Independencia funcional.....	79
7.7. Los controles sobre la CNMC.....	80
7.7.1. El control difuso.....	80
7.7.2. Control por parte del Gobierno.....	80
7.7.3. Control por parte del Parlamento sobre la CNMC.....	80
7.7.4. Control por parte de los Tribunales.....	78
7.7.5. Control económico y financiero.....	78

## CAPÍTULO 2

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) COMO ÚNICO REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA ENERGÍA.....	83
1. Para el sector de Telecomunicaciones: DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL DE LA CNMC....	84
1.1. Antecedentes y evolución. ....	84
1.1.1. Régimen legal de la CMT. ....	84
1.1.2. Naturaleza jurídica de la CMT, a nivel sectorial.....	84
1.1.3. La reforma de la CMT.....	86
1.2. Régimen legal. ....	88
1.3. Naturaleza jurídica de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.....	89
1.4. Estructura de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.....	90
1.5. Sede de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.....	90
2. Para el sector de Electricidad, Hidrocarburos y gas: DIRECCIÓN DE ENERGÍA DE LA CNMC.....	91
2.1. Antecedentes y evolución.....	91
2.2. Régimen legal.....	94
2.3. Naturaleza jurídica de la Dirección de energía.....	95
2.4. Estructura de la Dirección de energía.....	100
2.5. Sede de la Dirección de Energía de la CNMC.....	100
3. Análisis de las principales funciones que posee la CNMC a través de sus Direcciones Nacionales de los servicios de Red.....	101
3.1. Funciones asignadas a la Dirección de Telecomunicaciones.....	101
3.1.1. Función Consultiva o de Propuesta e Informe.....	102
3.1.2. Función de Autorización o Supervisora y Reglamentaria.....	103
3.1.3. Función de instrucción de expedientes.....	103



3.1.4. Otras funciones dispersas.....	104
3.2. Funciones asignadas a la Dirección de la Energía.....	105
3.2.1. Función Consultiva, de Propuesta o Informe.....	106
3.2.2. Función de Colaboración.....	107
3.2.3. Funciones Decisorias o Resolutivas.....	108
3.2.4. Función Sancionadora.....	108
3.2.5. Función de Petición de Información.....	109
3.2.6. Función Consultiva.....	109
3.2.7. Funciones de Asesoramiento.....	110
3.2.8. Función Decisoria.....	111
3.2.9. Función de Supervisión o Fiscalización.....	112
3.2.10. Otras funciones.....	114
4. Funciones que la LCNMC devuelve a diversos Ministerios.....	115

## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO 3

Ordenamientos Constitucionales de Sudamérica.....	121
1. Síntesis del contenido de las Constituciones sudamericanas en lo relativo a los OR.....	122
a. Sistema Constitucional de Contenido Normativo Abierto.....	123
b. Sistema Constitucional de Contenido Normativo Cerrado.....	127
1.1. El Principio de Legalidad y la Potestad Reglamentaria en las Constituciones sudamericanas.....	132
1.2. Régimen Económico de las Constituciones sudamericanas.....	134
2. Breve descripción de los OR de los Servicios de Red en Sudamérica.....	137
2.1. Los OR de los Servicios de Red en Sudamérica (1994-2009).....	137
2.2. Organismos Reguladores de Servicios de Red en Argentina.....	138
2.2.1. Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).....	138
2.2.1.1. Naturaleza jurídica.....	139
2.2.2. Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).....	140
2.2.2.1. Naturaleza Jurídica.....	141
2.3. Organismos Reguladores de Servicios de Red en Brasil.....	141
2.3.1. Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL).....	141
2.3.1.1. Naturaleza jurídica.....	142
2.3.2. Agencia Nacional de la Energía Eléctrica (ANEEL).....	142
2.3.2.1. Naturaleza Jurídica.....	142
2.4. Organismos Reguladores de Servicios de Red en Colombia.....	143
2.4.1. Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).....	143
2.4.1.1. Naturaleza jurídica.....	143
2.4.2. Comisión Reguladora de Energía y Gas (CREG).....	144
2.4.2.1. Naturaleza jurídica.....	144
2.5. Organismos Reguladores de los Servicios de Red en Chile.....	144
2.5.1. Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL).....	144
2.5.1.1. Naturaleza jurídica.....	145
2.5.2. Comisión Nacional de Energía (CNE).....	146
2.5.2.1. Naturaleza jurídica.....	146
2.6. Organismos Reguladores de los Servicios de Red en Venezuela.....	146

2.6.1. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).....	146
2.6.1.1. Naturaleza jurídica.....	147
3. La Independencia de los OR sudamericanos: con énfasis al caso peruano.....	148
3.1. Clases de Independencia de los OR sudamericanos.....	149
3.1.1. Independencia frente al poder político.....	149
3.1.2. Independencia institucional.....	151
3.1.3. Independencia funcional.....	151
3.1.4. Independencia personal, subjetiva.....	151
3.1.5. Independencia en su organización interna.....	152
3.1.6. Independencia económica y financiera.....	152
3.1.7. Presupuesto dependiente.....	154
3.1.8. Presupuesto independiente.....	158
3.1.9. Administración de recursos financieros.....	159
3.1.10. Administración de recursos humanos.....	160
3.1.11. Independencia frente al poder económico.....	162
3.2. Competencia sobre el sector a regular.....	164
3.3. Función y potestades preestablecidas.....	166
4. Estatuto jurídico: la organización de los Organismos Reguladores.....	168
5. Parámetros para ser considerado como regulador y características comunes entre los OR sudamericanos.....	170
6. Similitudes entre los OR.....	172
7. Controles sobre los OR sudamericanos.....	173
7.1. El control parlamentario.....	173
7.1.1. Procedimientos de investigación por parte del Parlamento.....	175
7.1.2. Solicitud de información al Organismo regulador.....	177
7.2. Control por parte de la opinión pública.....	178
7.2.1. Control ciudadano.....	178
7.2.2. Control por parte de los medios de prensa.....	179
7.3. Control Judicial.....	179
7.3.1. Impugnación en sede contenciosa-administrativa.....	179
7.3.2. Garantías constitucionales.....	181
7.4. Control por parte del Gobierno.....	176

## **CAPÍTULO 4**

ORGANISMOS REGULADORES DEL PERÚ.....	187
1. Contexto del nacimiento de los OR en el Perú.....	188
2. El Proceso de Reforma del Estado y los OR.....	193
3. El Proceso de Liberalización de los Servicios Públicos.....	204
4. Orígenes de los OR en el Perú.....	207
5. Régimen legal de los OR en el ordenamiento Peruano.....	210
6. Naturaleza jurídica de los OR a la luz del Tribunal Constitucional Peruano.....	217
7. Naturaleza jurídica de los Reguladores según la LOPE de 2007.....	217
8. Características de los OR.....	223
8.1. Para el caso de OSIPTEL.....	224
8.1.1. Designación.....	225
8.1.2. El procedimiento de designación.....	231

8.1.2.1. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo.....	233
8.1.2.2. Cambio de titular del sector.....	233
8.1.2.3. En caso de remoción.....	233
8.1.3. Duración.....	234
8.1.4. Cese de funciones.....	235
8.1.5. Vacancia.....	235
8.2. Para el caso del OSINERGMIN.....	240
8.2.1. Procedimiento de designación.....	241
8.2.2. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo.....	242
8.2.3. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los OR.....	243
8.2.4. Cambio de titular del sector.....	243
8.2.5. Estructura externa y régimen de organización del OSINERGMIN.....	243
9. Principales potestades que poseen los OR peruanos a la luz de la LMOR.....	248
9.1. Potestades normativas.....	248
9.2. Potestades decisorias.....	249
9.3. Potestades arbitrales.....	249
9.4. Potestades de resolución de conflictos.....	250
9.5. Potestades de fiscalización.....	250
9.6. Otras potestades.....	251
9.6.1. Reguladora.....	251
9.6.2. Supervisora.....	251
9.6.3. Resolución de reclamaciones.....	251
10. Clasificación de Organismos Reguladores en el Perú.....	254
10.1. El Organismo Regulador en materia de telecomunicaciones: Organismo Supervisor de las Telecomunicaciones (OSIPTEL).....	254
10.1.1. Regulación normativa.....	254
10.1.2. Naturaleza jurídica del OSIPTEL.....	258
10.1.3. Funcionamiento del consejo directivo según su Estatuto jurídico.....	258
10.1.4. Naturaleza del Consejo Directivo.....	259
10.1.5. Designación.....	259
10.1.5.1. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo.....	259
10.1.5.2. Derechos de los Miembros del Consejo Directivo.....	260
10.1.5.3. Deberes.....	260
10.1.5.4. Funciones del Consejo Directivo.....	260
10.1.6. Vacancia.....	261
10.1.7. Periodicidad de las Sesiones.....	262
10.1.8. Convocatoria.....	262
10.1.9. Lugar de las sesiones.....	263
10.1.10. Presidencia de la sesión.....	263
10.1.11. Quórum.....	263
10.1.12. Asistencia del Gerente General.....	263
10.1.13. Desarrollo de la sesión.....	256
10.1.14. Votación y acuerdos.....	257

10.2. El Organismo Regulador de los Servicios de Red en materia de Energía, Hidrocarburos y Minería: ORGANISMO SUPERVISOR DE LA ENERGÍA (OSINERGMIN).....	265
10.2.1. Regulación normativa, su evolución.....	265
10.2.2. De OSINERG a OSINERGMIN.....	266
10.2.3. Naturaleza jurídica.....	267
10.2.4. Nombramiento y designación.....	267
10.2.5. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo (artículo 8 del Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).....	269
10.2.6. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los OR. ....	269
10.2.7. En el caso de cambio de titular del sector (artículo 4° Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).....	269
10.2.8. Funcionamiento del Consejo Directivo del OSINERGMIN.....	270
10.2.8.1. Funciones.....	271
10.2.9. Cargo indelegable.....	274
10.2.10. Dietas.....	274
10.2.11. Sesiones.....	274
10.2.12. Quórum.....	274
10.2.13. Presidencia de las Sesiones.....	274
10.2.13.1. El Presidente del Consejo Directivo.....	275
10.2.14. Acta de sesiones.....	276
10.2.15. Conflicto de intereses.....	277
10.2.16. Desempeño del cargo.....	277
10.2.17. Vacancia.....	277

## **TERCERA PARTE**

### **CAPÍTULO 5**

OTROS TIPOS DE ORGANISMOS REGULADORES.....	281
1. Breve consideración de otros reguladores en la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada de los Servicios públicos.....	282
2. Organismos Reguladores a modo de Autoridad Administrativa Independiente.....	285
2.1. Para el caso de SUNASS.....	285
2.2. Para el caso de SUTRAN.....	285
2.2.1. Función normativa.....	285
2.2.2. Función de supervisión.....	285
3. Clasificación de estos tipos de OR.....	286
3.1. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).....	287
3.1.1. Regulación normativa.....	289
3.1.2. Naturaleza Jurídica.....	291
3.1.3. Funciones generales (REGO) de OSITRAN.....	292
3.1.3.1. Función normativa.....	293
3.1.3.2. Función de regulación.....	294

3.1.3.3. Función supervisora.....	294
3.1.3.4. Solución de controversias.....	294
3.1.4. Funcionamiento del Consejo Directivo del OSITRAN (ROF).....	297
3.1.5. Del Consejo Directivo.....	297
3.1.5.1. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo.....	297
3.1.5.2. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los Organismos Reguladores.....	298
3.1.5.3. Cambio de titular del sector.....	298
3.1.5.4. Sesión.....	299
3.1.5.5. Quorum.....	299
3.1.6. Funciones del Consejo Directivo.....	299
3.1.7. De la Presidencia Ejecutiva.....	300
3.1.8. Funciones de la Presidencia Ejecutiva.....	301
3.1.9. Incompatibilidades.....	302
3.1.10. Prohibiciones.....	303
3.1.11. El régimen laboral de los funcionarios, servidores, trabajadores y empleados públicos.....	304
3.1.12. Recursos económicos y financieros de OSITRAN.....	305
3.1.13. Obtención de recursos.....	305
3.1.14. Información Confidencial.....	306
3.2. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).....	306
3.2.1. Evolución en el tiempo.....	307
3.2.2. Configuración actual de SUNASS.....	309
3.2.3. Regulación normativa.....	311
3.2.4. Naturaleza jurídica.....	311
3.2.5. Funciones de la SUNASS.....	313
3.2.5.1. Función normativa.....	313
3.2.5.2. Función reguladora.....	313
3.2.5.3. Función supervisora.....	313
3.2.5.4. Función fiscalizadora y sancionadora.....	314
3.2.5.5. Función de solución de controversias y reclamaciones.....	314
3.2.5.6. Otras funciones adicionales.....	314
3.2.6. Funcionamiento del Consejo Directivo de SUNASS.....	315
3.2.7. Órganos de la SUNASS.....	316
3.2.7.1. Consejo Directivo.....	316
3.2.7.2. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo.....	316
3.2.7.3. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los OR.....	317
3.2.7.4. Cambio de titular del sector.....	317
3.2.7.5. Funciones del Consejo Directivo.....	317
3.2.7.6. Presidencia.....	317
3.2.7.7. Funciones del Presidente.....	317
3.2.8. Vacancia.....	319
3.2.9. Régimen Laboral.....	319
3.2.10. Recursos económicos y financieros.....	319
3.2.11. Pago del Aporte de Regulación.....	320

3.2.12. Información Reservada.....	320
3.2.13. Prohibiciones.....	321
3.2.14. Incompatibilidades al cargo.....	322

## **CAPÍTULO 6**

LA SUTRAN, ¿OTRO TIPO DE REGULADOR PERUANO?.....	323
1. Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN).....	324
1.1. Regulación normativa.....	325
1.2. Funciones.....	326
1.3. Naturaleza Jurídica.....	332
1.4. Organización interna.....	332
1.5. El Consejo Consultivo.....	336
1.6. Funciones.....	337
1.7. Recursos.....	339
1.8. Régimen laboral de los trabajadores.....	339
1.9. Control Político.....	339

## **CUARTA PARTE**

### **CAPÍTULO 7**

Conclusiones y Recomendaciones.....	343
Conclusiones .....	345
Recomendaciones .....	363
Bibliografía.....	367

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

	Pág.
Gráfico N° 1: Expansión de los OR a través de los años .....	11
Gráfico N° 2: Presupuesto Institucional de Apertura – OR.....	158
Gráfico N° 3: Nivel de Independencia de los OR.....	164
Gráfico N° 4: Organigrama Funcional OR OSIPTEL.....	239
Gráfico N° 5: Diagrama Organizacional y Funcional OR OSINERGMI.....	247
Gráfico N° 6: Organigrama funcional de OSITRAN.....	300
Gráfico N° 7: Organigrama Funcional SUNASS.....	310
Gráfico N° 8: Organigrama funcional de SUTRAN.....	335

## ÍNDICE DE TABLAS

	Pág.
<b>Tabla N° 1: Para el Sector Audiovisual y Electricidad del Ministerio de Industria y Energía.....</b>	<b>115</b>
<b>Tabla N° 2: Para el sector Hidrocarburos del Ministerio de Industria y Energía.....</b>	<b>116</b>
<b>Tabla N° 3: Para los Ministerios de Hacienda, Fomento y Presidencia.....</b>	<b>117</b>
<b>Tabla N° 4: Relación de constituciones económicas en Sudamérica y su régimen económico.....</b>	<b>136</b>
<b>Tabla N° 5: Relación de OR de los servicios de red en Sudamérica (país, sede y Ley de creación).....</b>	<b>137</b>
<b>Tabla N° 6: Presupuesto Institucional de los OR.....</b>	<b>157</b>
<b>Tabla N° 7: Ponderaciones para medir grado de independencia de los OR.....</b>	<b>163</b>
<b>Tabla N° 8: Parámetros para ser considerado un Organismo Regulador – Descripción.....</b>	<b>171</b>
<b>Tabla N° 9: Relación de los OR, número de directores, periodo de mandato, posibilidades de reelección.....</b>	<b>172</b>
<b>Tabla N° 10: Comparaciones entre las Constituciones de 1979 y de 1993.....</b>	<b>192</b>
<b>Tabla N° 11: Normativa de creación de los OR .....</b>	<b>220</b>
<b>Tabla N° 12: Comparación de la naturaleza jurídica de los OR: LMOR vs. Ley de Creación .....</b>	<b>221</b>
<b>Tabla N° 13: Competencias para resolver controversias.....</b>	<b>252</b>
<b>Tabla N° 14: Competencias para resolver controversias .....</b>	<b>253</b>



## RESUMEN

La presente investigación, denominada los Organismos Reguladores de los Servicios de Red del Perú (en comparación con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española), tiene el propósito de estudiar, analizar y comparar el nacimiento y desarrollo (funcionamiento) de los Organismos Reguladores (OR) de los servicios de red en España y Perú. Se describe el rol que estos tienen en las economías de libre mercado, así como el papel que los mismos desempeñan en el sector para el cual han sido creados, teniendo en cuenta que las actuales democracias requieren instrumentalizar la Administración pública para generar confianza y un clima de credibilidad entre todos los actores que intervienen en el mercado.

Los OR considerados en la investigación son: la CNMC por España; el Organismo Supervisor de la Inversión Privada de Telecomunicaciones (OSIPTEL) y el Organismo Supervisor de la Inversión en energía y Minería (OSINERGMIN) por Perú. Adicionalmente se han considerado, por extensión, al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). El primero de ellos, porque el ordenamiento positivo lo señala y por el rol significativo que desempeña en el mercado abierto a la concesión y competencia en infraestructuras. Los segundos, por la mención aludida por la Ley Marco de Organismos Reguladores (LMOR) y su Reglamento.

El presente trabajo está dividido en siete capítulos distribuidos en cuatro partes. En la primera parte encontramos el Capítulo 1, relativo a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de España; y el Capítulo 2, concerniente a la CNMC como regulador de las telecomunicaciones y de la energía. En la segunda parte se encuentra el Capítulo 3, relativo a los ordenamientos constitucionales en Sudamérica; el Capítulo 4, que explica los Organismos Reguladores en el Perú. En la

tercera parte, se encuentra el Capítulo 5, que versa sobre otros tipos de reguladores peruanos. El Capítulo 6, desarrolla la SUTRAN como otro tipo de regulador. En la cuarta parte, encontramos el Capítulo 7, donde se expone la discusión de resultados, las conclusiones y recomendaciones, así como la bibliografía y anexos.

El diseño de contrastación utilizado es comparativo con muestras diferentes. Los resultados de la investigación han permitido conocer las principales similitudes y pocas diferencias que existen en cuanto al nacimiento, evolución, modelo, funcionamiento y designación del personal funcionarial en España y Perú de los OR.

En ambos países, los OR desde un inicio acogieron el modelo bicéfalo mediterráneo, sin embargo España, desde el 2013, adopta un modelo de Organismo Supervisor Único, el mismo que a la fecha de redacción del presente trabajo, presenta un halo de cuestionamiento por parte del Tribunal Supremo (TS), quien plantearía ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tres cuestiones prejudiciales para conocer si la decisión adoptada por el Gobierno del Partido Popular (PP) se ajusta al marco regulador europeo<sup>1</sup>. Por noticias en prensa de 1 de

---

1 En ese sentido, el auto del Tribunal Supremo señala que es discutible, que la fusión en un solo órgano de regulación de los anteriores supervisores resulta compatible, en concreto, con la configuración de los órganos nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que se desprende de la Directiva 2002/21/CE que: “exige que las autoridades nacionales dispongan de un órgano regulador propio, no integrado en otro superior, de modo que quede suficientemente garantizada no solo su independencia sino también su capacidad y competencia técnica”.  
<http://www.lavanguardia.com/economia/20150723/54433566300/el-supremo-lleva-a-europa-la-creacion-de-la-cnmc-al-dudar-de-su-independencia.html> ;  
<http://www.europapress.es/economia/noticia-supremo-pregunta-ue-legalidad-cnmc-20150723142355.html> ;  
[http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895\\_956039.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html) (última visita: 24/7/2015).

La segunda de las cuestiones en tela de juicio está referida a las condiciones de “independencia” de las autoridades nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a las que se refieren las Directivas comunitarias, han de ser análogas a las requeridas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales.

Finalmente, el Tribunal Supremo español pone en cuestionamiento la existencia de razones suficientes para considerar si, con ocasión de una reforma legal que reordena la organización general de los órganos reguladores, es posible no respetar la totalidad del mandato de los Consejeros y presidente de la CMT inicialmente previsto, en este caso seis años, sin que los titulares del órgano hubieran incurrido en ninguna de las causas legales de cese, siendo debido este, como única razón, a la aprobación de la CNMC. Ver la nota completa en el diario El País: [http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895\\_956039.html#bloque\\_comentarios](http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html#bloque_comentarios) (última visita: 30/7/2015).

julio de 2016, el Abogado General, cuyas conclusiones suele confirmar el TJUE, “considera que el cese de Bernardo Lorenzo como presidente de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) y de Xabier Ormaetxea como vicepresidente, sin haber concluido sus mandatos, son decisiones contrarias a las directivas comunitarias, porque pueden afectar a "la independencia" del regulador, una independencia que las propias directivas europeas consagran”<sup>2</sup>

Por otro lado, se reconoce el vital papel que los OR poseen para el cual han sido creados dentro de una economía social de mercado y en el marco de un moderno Estado social de Derecho.

Tanto la CNMC como los OR peruanos tienden a ser independientes de alguna forma, al menos desde el punto de vista de su ordenamiento positivo, tanto de las normas de creación así como el mecanismo de designación de sus miembros.

**PALABRAS CLAVES:** regulación /servicios públicos/ servicios de interés económico general/ organismos reguladores/ autoridades administrativas independientes/ reforma del Estado/ crisis económica/constitución económica.

---

<sup>2</sup> “Revés judicial de Bruselas al Gobierno por la supresión de la CMT”, *Expansión*, 1 de julio de 2016 (<http://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2016/07/01/57756a41268e3efe138b461b.html>).

## **ABSTRACT**

This research titled The Regulatory Institutions of Network Services in Peru (in comparison with the National Commission for Markets and Competition Spanish), has the purpose to study, analyze and compare the creation and development (functioning) of the Regulatory Institutions of Network Services in Spain and Peru. It described the role that they have in the free market economies, furthermore the role that they play in the sector for which they were created. Given that modern democracies require improving public administration creating a climate of trust and credibility between the market stakeholders.

The Regulatory Institutions included in this research has been the National Commission for Markets and Competition in Spain and telecom regulator - OSIPTEL and energy and mines investment regulator - OSINERGMIN in Peru. Besides It has considered by extension transport regulator - OSITRAN and water and sanitation authority SUNASS.

The first of them, due to its legal importance and the main role that It plays in the market, open to concessions and competition. The latter because they have been considered by the Framework Law of Regulatory Institutions - LMOR and its regulations.

This research has been divided in 7 chapters distributed in 4 parts. In the first part, Chapter 1 is about the Spanish National Commission for Markets and Competition. Chapter 2 is about CNMC as regulator for communications and energy. In the second part, Chapter 3 is about constitutional rules in South America. Chapter 4 is about peruvian regulatory institutions. In the third part, Chapter 5 is about some others peruvian regulatory institution and Chapter 6 is about SUTRAN, another peruvian regulatory institution. Finally in fourth part we find Chapter 7 about the results, conclusions and recommendations; including bibliography and annex.

The techniques and tools used have been: the observation, the documental analysis and normative analysis; for that it has made an observation guide and a bibliographic list.

In both countries, the OR from the beginning has adopted the bicephalous model, nevertheless Spain since 2013 has adopted the unique regulatory institution model, that at the date of preparation of this research has a halo of questioning by the Supreme Court (TS), who had presented before the Court of Justice of the European Union (ECJ) three questions to verify whether the Spanish regularion is compatible with European Law.

It has been recognized the main role that regulatory institutions has in a social economy of market and in the frame of a modern social state.

The CNMC as the Peruvian regulatory institutions tend to be independent in some way, at least from the point of view of positive law, both its creation rules and the mechanism to appointing its members.

Keywords: Regulation/ public services/ services of general economic interest/ regulatory institutions / independent administrative authorities/ State reform/ economic crisis/ economic constitution.

## AGRADECIMIENTOS

Qué difícil se hace escribir estas líneas sin obviar a todas aquellas personas que conocí en el desarrollo del presente trabajo, más aun sin olvidarme de aquellos que contribuyeron a su cristalización.

Empezaré agradeciendo a mi Director de tesis Doctor Eduardo Vírgala Foruria, catedrático de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos de la Universidad del País Vasco, amigo y maestro por haberme concedido el alto honor de aceptar la dirección de este trabajo, pero sobre todo por su infinita paciencia y el valioso tiempo que sacrificó observando su construcción, pues se dedicó a revisar cada una de estas páginas, a él se deben los aciertos que aquí puedan encontrarse, mientras que los desatinos e imprecisiones, así como los errores me son absolutamente imputables.

Del mismo modo expreso mi profunda gratitud, respeto y admiración a los catedráticos que a lo largo de mis breves estancias académicas o entrevistas concretas, me brindaron su valioso tiempo, apoyo y aliento en esta aventura en especial a Dr. Miguel Ángel García Herrera, Dr. Alberto López Basaguren, Dr. Jacinto Gil (Universidad del País Vasco). Dr. Enric Argullol i Mugardas (Universidad Pompeu Fabra), al Dr. Joaquín Tornos Mas (Universidad de Barcelona), al Dr. Fernando López Ramón (Universidad de Zaragoza), al Dr. Marcos Fernando Pablo, (Universidad de Salamanca).

Al personal administrativo de la Universidad del País Vasco en la persona de Pilar Gómez, Secretaria del Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos; a María José Maestu, del Negociado del Doctorado de la misma Casa Superior de Estudios.

## ABREVIATURAS

<b>AAI:</b>	Autoridad Administrativa Independiente.
<b>AE:</b>	Agencia Ejecutiva.
<b>AFTIC:</b>	Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Argentina).
<b>ANATEL:</b>	Agencia Nacional de Telecomunicaciones (Brasil).
<b>ANEEL:</b>	Agencia Nacional de la Energía Eléctrica (Brasil).
<b>ANR:</b>	Autoridad Nacional de Reglamentación.
<b>BCE:</b>	Banco Central Europeo.
<b>BE:</b>	Banco de España (España).
<b>BM:</b>	Banco Mundial.
<b>BOE:</b>	Boletín Oficial del Estado.
<b>CAJ:</b>	Comunidad Andina de Juristas (Perú).
<b>CCAA:</b>	Comunidades Autónomas (España).
<b>CCEE:</b>	Comunidades Europeas.
<b>CDF:</b>	Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.
<b>CE:</b>	Constitución Española de 1978.
<b>CEE:</b>	Comunidad Económica Europea.
<b>CEPRI:</b>	Comité Especial de la Promoción de la Inversión Privada (Perú).
<b>CMT:</b>	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (España).
<b>CNC:</b>	Comisión Nacional de Comunicaciones (Colombia).
<b>CNE:</b>	Comisión Nacional de la Energía (España).
<b>CNMC:</b>	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (España).
<b>CNMV:</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores (España).
<b>CONATEL:</b>	Comité Nacional de Telecomunicaciones (Venezuela).
<b>COPRI:</b>	Comité de Promoción de la Inversión Privada (Perú).
<b>CORPOLEC:</b>	Corporación Eléctrica Nacional (Venezuela).
<b>CPP:</b>	Constitución Política del Perú (Perú).
<b>CPT:</b>	Compañía Peruana de Teléfonos (Perú).
<b>CRC:</b>	Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia).
<b>CREG:</b>	Comisión de Regulación de Energía y Gas (Colombia).

<b>CRI:</b>	Comisión Reguladora Independiente.
<b>CSEN:</b>	Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (España).
<b>CSN:</b>	Consejo de Seguridad Nuclear.
<b>CTC:</b>	Compañía de Teléfonos de Chile (Chile).
<b>CTE:</b>	Comisión de Tarifas de Energía (Perú).
<b>DFL:</b>	Decreto con fuerza de Ley (Chile).
<b>DL:</b>	Decreto Legislativo (Perú).
<b>DLey:</b>	Decreto Ley (Argentina, España, Perú).
<b>DS:</b>	Decreto Supremo (Perú).
<b>EE:</b>	Entidades Empresariales (España).
<b>EEUU:</b>	Estados Unidos de Norteamérica.
<b>ENRE:</b>	Ente Nacional Regulador de la Electricidad (Argentina).
<b>ENTEL Perú:</b>	Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (Perú).
<b>EPS:</b>	Empresa Prestadora del Servicio (Perú).
<b>FITEL:</b>	Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (Perú).
<b>FJ:</b>	Fundamento Jurídico.
<b>FMI:</b>	Fondo Monetario Internacional.
<b>INDECOPI:</b>	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Perú).
<b>LCNMC:</b>	Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (España).
<b>LCSP:</b>	Ley de Contratos del Sector Público (España).
<b>LDC:</b>	Ley de Defensa de la Competencia (España).
<b>LEAASE:</b>	Ley de Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Perú).
<b>LES:</b>	Ley de Economía Sostenible (España).
<b>LGP:</b>	Ley General Presupuestaria (España).
<b>LGT:</b>	Ley General de Telecomunicaciones (España).
<b>LMOR:</b>	Ley Marco de los Organismos Reguladores (Perú).
<b>LOFAGE:</b>	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (España).
<b>LOPE:</b>	Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Perú).
<b>LOSEN:</b>	Ley de Ordenación del Sector Eléctrico Nacional (España).
<b>LOSNAC-CGR:</b>	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Perú).



<b>LOT:</b>	Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Perú).
<b>LPACAP:</b>	Ley del Procedimiento Administrativo Común y las Administraciones Públicas (España).
<b>LPAG:</b>	Ley del Procedimiento Administrativo General (Perú).
<b>LPAP:</b>	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (España).
<b>LRJPAC:</b>	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (España).
<b>LSE:</b>	Ley del Sector Eléctrico (España)
<b>LSF:</b>	Ley del Sector Ferroviario (España).
<b>LSH:</b>	Ley del Sector de Hidrocarburos (España).
<b>MEF:</b>	Ministerio de Economía y Finanzas (Perú).
<b>MINEM:</b>	Ministerio de Energía y Minas (Perú).
<b>MOF:</b>	Manual de Organización y Funciones (Perú).
<b>MTC:</b>	Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Perú).
<b>OA:</b>	Organismos Autónomos (España).
<b>OPD:</b>	Organismo Público Descentralizado (Perú).
<b>OPDE:</b>	Organismo Público Descentralizado (Perú)
<b>OR:</b>	Organismo Regulador.
<b>OSINERGMIN:</b>	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (Perú).
<b>OSIPTEL:</b>	Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones (Perú).
<b>OSITRAN:</b>	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de uso Público (Perú).
<b>PCM:</b>	Presidencia del Consejo de Ministros (Perú).
<b>PIA:</b>	Presupuesto Institucional Anual (Perú).
<b>PROINVERSION:</b>	Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Perú).
<b>RCR:</b>	Reglamento del Congreso de la República (Perú).
<b>RD:</b>	Real Decreto (España).
<b>RFI:</b>	Reglamento de Funcionamiento Interno (España).
<b>ROF:</b>	Reglamento de Organización y Funciones (Perú).
<b>RS:</b>	Resolución Suprema (Perú).
<b>SEC:</b>	Superintendencia de Electricidad (Chile).

<b>SIEG:</b>	Servicios de Interés Económico General.
<b>SUBTEL:</b>	Subsecretaria de Telecomunicaciones (Chile).
<b>SUNASS:</b>	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Perú).
<b>SUTRAN:</b>	Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas y Mercancías (Perú)
<b>STC:</b>	Sentencia del Tribunal de Constitucional
<b>TC:</b>	Tribunal Constitucional.
<b>TCE:</b>	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
<b>TDC:</b>	Tribunal de Defensa de la Competencia (España).
<b>Tdp S.A:</b>	Telefónica del Perú S.A.
<b>TEDH:</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
<b>TELECOM:</b>	Colombia Comunicaciones S.A.
<b>TFUE:</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TIC:</b>	Tecnologías de la Información y Comunicaciones.
<b>TJUE:</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
<b>TS:</b>	Tribunal Supremo.
<b>TUE:</b>	Tratado de la Unión Europea.
<b>UE:</b>	Unión Europea.

## INTRODUCCIÓN

El proceso de transformación del Estado, tanto en Europa como en América, se dio en medio de procesos de liberalización del comercio y las finanzas y tuvo como detonante la crisis del petróleo de los ochenta. Esta transformación fue acompañada por reformas económicas en distintos sectores de la actividad productiva, conocidas como “Intervención del Estado en la economía”<sup>3</sup>. Aunque estas reformas y otros factores, como la privatización, no son abordados en el presente estudio; sin embargo resulta importante citarlos, porque han dado como resultado la consolidación y el paso del Estado gestor al Estado regulador en Europa<sup>4</sup>. En ambos continentes su consecuencia inmediata fue la liberalización de los sectores económicos<sup>5</sup> en los que el

---

3 Esta intervención del Estado en la economía es conocida también como Regulación y ha adquirido relevancia en los procesos de privatización y reestructuración de modo sectorial en servicios demaniales de red como telecomunicaciones, energía, transportes y carreteras iniciados en los años ochenta al calor de las privatizaciones y liberalizaciones. Ver LASHERAS MERINO, M.A. (1999, 1).

4 MARTÍ SÁNCHEZ, S. (2006, 101-102). Siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2014,82-87), tenemos que el Estado regulador no es más, que: “[...] la expansión del Derecho, de un sistema de gobierno basado en las reglas jurídicas, sea su aplicación controlada por una administración burocrática tradicional o indirectamente a través de la supervisión de entidades especializadas, públicas o privadas”.

5 La liberalización, explica MONTERO PASCUAL, J.J. (2005, 11-12): “[...] puede ser definida como el proceso de sustitución del protagonismo público en la gestión de un sector por el protagonismo de un sector privado, en concreto de los mecanismos de la competencia en el mercado”. Esta liberalización, por lo general, incluye dos procesos. Por un lado, el proceso de desmonopolización y eliminación de derechos exclusivos existentes en el sector. Y en segundo lugar, un proceso de privatización del monopolio público. La liberalización también supone la ruptura de monopolios, traducido en la apertura al mercado de actividades antes reservadas o retenidas por el Estado. Ver MARTIN-RETORTILLO, L. (2003,637). Este fenómeno liberalizador reúne las características del denominado Consenso de Washington, es decir, se refiere a reformas de las políticas económicas. Este consenso es, en realidad, un conjunto de medidas formuladas por John Williamson entre 1989 y 1990, y adoptado por los organismos internacionales multilaterales, como por ejemplo el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Congreso y la Reserva Federal de EE.UU. Todos ellos sostuvieron, en su momento, que el logro de buenos resultados económicos requería una serie de mecanismos como la liberalización comercial, estabilidad macroeconómica, correcta fijación de precios, políticas de desregulatorias, privatizaciones, apertura de inversiones extranjeras, garantías de respeto de los derechos de propiedad, disciplina presupuestaria, cambios en las prioridades del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación e infraestructuras) y, finalmente la liberalización financiera en especial, las referidas a los tipos de interés. Ver GUARNIDO RUEDA, A. y JAÉN GARCÍA, M. y AMATE FORTES, I. (2007,103). ROSENTHAL COUTINHO, D. (2003, 124), también señala que: “[...]muitos líderes políticos e também teóricos da burocracia comprometeram-se com as premissas do Consenso[...]” “[...] A América Latina, grosso modo, o fez por ter passado traumáticamente pelos anos 1980 e os países do Leste Europeu em razão da falência do modelo estatal soviético. Muitas nações africanas adotaram as políticas do Consenso primordialmente por encontrar-se em estado calamitoso de fome e miséria. Muitas das mudanças nos contornos do Estado (e das políticas

Estado mantenía un fuerte control (monopolio público) sobre las actividades reservadas para sí mismo<sup>6</sup>.

En Europa, la liberalización implicó una ruptura de estos monopolios y como afirma S. González-Varas Ibáñez, “[...] es una exigencia jurídica en tanto lo disponga así alguna ley”<sup>7</sup>, dando lugar a la configuración de un “nuevo mercado” que permitió la despublificación (del servicio) protegido por el Estado regulador. Para obtener una igualdad real de condiciones de actuación y competencia entre operadores que participaban en un mercado común, fue necesario el desdoble o separación de actividades de regulación y de servicio, que por lo general se presentaban juntas<sup>8</sup>. Esto último solo fue posible a través del viraje del Estado hacia su posición regulatoria.

Esta posición ha supuesto una nueva transformación del servicio público en su nuevo ropaje de Servicio de Interés Económico General (SIEG). De esta forma, se impone la liberalización de los servicios públicos sometiéndolos a las reglas del mercado, pero conservando los elementos ideológicos del servicio

---

macroeconômicas por ele implementadas) nos países em desenvolvimento foram, assim, incentivadas por organismos multilaterais, que reforçavam a necessidade das mudanças estruturais na economia por meio de políticas baseadas em empréstimos ancorados em condicionalidades – isto é, a obrigação de adoção de determinadas medidas como condição para a liberação de recursos e empréstimos”.

6 La crisis política traducida en caída del socialismo, periodos de transiciones democráticas etc. ha puesto su cuota en el escenario para el decantamiento del Estado regulador y su fuerte influencia en el crecimiento de los OR a modo de Agencias independientes.

7 GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2004, 219). Esto hace que entre en crisis el servicio público tradicional en países donde está arraigado el término como Portugal, España, Francia, Italia.

8 FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2003, 60). Este autor señala que: “[...] se considera absolutamente necesaria la adopción de medidas de carácter organizativo que eviten el entrecruzamiento de las actividades de regulación y de explotación del servicio(...)”, en clara alusión al servicio público; de producirse esto, también se extenderá a la gestión del mismo. También ver SERRANO GONZÁLEZ, M. (2009). VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 19, 148, 158); MUÑOZ MACHADO, S. (2009, 68). El concepto de red es multívoco, utilizándose indiferentemente para hacer referencia a “[...] las infraestructuras físicas (red de fibra óptica), de los tramos o segmentos de dichas infraestructuras (red de acceso), de las características técnicas de los servicios (red de banda ancha), de los protocolos utilizados en las comunicaciones (red ATM), de la titularidad de la red (red privada), de las características de los propios servicios prestados (red digital de servicios integrados), del diseño topológico de la propia red (red en anillo), de la función general prestada (red de telecomunicaciones), del control de la red (red inteligente) y otras tantas combinaciones empleadas en el sector técnico”. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (2009, 421). LASHERAS MERINO, M.A. (1999, 23) siguiendo a Katz y Shapiro (1994), señala: “[...] el significado de red se puede definir como un sistema o “grupos de dos o más componentes que funcionan conjuntamente con un interface[...]”. Su característica principal es que cuanto mayor sea la red, mayor es la utilidad para los consumidores del servicio que se suministra por medio de esa red.

público que, junto a una regulación pública, asegura la libre competencia y garantiza el acceso a los servicios de red<sup>9</sup>.

Esta imposición reglada nace del actual artículo 14 del TFUE<sup>10</sup> y da origen al término comunitario de SIEG. Para S. Muñoz Machado y E. Vírgala Foruria, este término comunitario otorga derechos en la esfera constitucional que en ciertos casos no están incorporados en algunas Constituciones europeas, pero se sobreentiende que existen<sup>11</sup>. Estos son los derechos de acceso a red que se encuentran acogidos en el artículo 36 de la CDF, donde se señala: “La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), y con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión Europea (UE)”<sup>12</sup>. Por ello se dice que la UE ha sido la gran catalizadora<sup>13</sup> de un proceso de liberalización sin precedentes, más aún en el plano de las telecomunicaciones que ha obligado a abandonar la idea clásica de servicio público.

Esta prescripción del nuevo servicio público como servicio económico de interés general<sup>14</sup> da lugar a dos cuestiones: primero, al posible establecimiento de un derecho fundamental, el acceso a los servicios de red (interés económico general) cumpliendo la finalidad de cohesión social y territorial establecida en el artículo 36 de la CDF<sup>15</sup>. Y segundo, se opta por que cada Estado miembro

---

9 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 147); MUÑOZ MACHADO, S. (2009, 66); DIEZ-PICAZO, L.M. (2002, 249-250).

10 Así ha quedado establecido en la versión consolidada del TFUE, publicado en el Diario Oficial de la UE, de 26 de octubre de 2012. Ver link: [http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_es.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_es.pdf) (última visita: 30/12/2014).

11 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 147); MUÑOZ MACHADO, S. (2009, 66).

12 DIEZ-PICAZO, L.M. (2002, 249-250).

13 Término que le asigna BOIX PALOP, A. (2001, 6).

14 Servicios de Interés Económico General (SIEG).

15 Respecto del acceso a los SIEG, la mencionada carta comenta: “la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”. Además como señala MEILÁN GIL, J.L.: “el servicio público nació para satisfacer necesidades de la sociedad. La misma finalidad que justifica los servicios económicos de interés general, configurados en el derecho comunitario”. En ese mismo sentido RODRIGUEZ - ARANA MUÑOZ, J. y SENDIN GARCIA, M.A. (2010, 52) citan a MARTÍN REBOLLO, L. El cual expresa que “la idea larvada de los servicios públicos, era la

regule en su propio derecho nacional el modo de acceso a los SIEG en aras de garantizar el interés general, bajo la reserva de obligaciones de servicio público. Estas obligaciones han de ser cumplidas por los operadores, ya sean privados o públicos.

En ese sentido, existe un criterio uniforme en la doctrina donde se distinguen tres categorías, de menor a mayor acercamiento al sector público<sup>16</sup>:

1. Actividades situadas dentro del artículo 106 del TFUE (antiguo artículo 86.1 TCE) o denominadas actividades económicas ordinarias. Se aplican plenamente las reglas propias del mercado único interior (libre competencia en igualdad de condiciones) y pueden ser desempeñadas por el sector público mediante el ejercicio de la iniciativa económica (antiguo artículo 295 TCE).
2. Actividades de interés económico estipuladas en el artículo 106.2 TCE. En nombre del interés económico, se autoriza la imposición a los servicios prestados por iniciativa privada con obligaciones denominadas de servicio público. En el extremo de estas obligaciones estarían las llamadas obligaciones de servicio universal que legitiman restricciones a la libre competencia en grado diverso mediante la financiación pública o el otorgamiento de derechos especiales, significativamente, e incluso la exclusión completa de la misma (otorgamiento de derechos exclusivos, supuesto que equivale al servicio público formal, orgánico, subjetivo o estricto interno).

Así tenemos que el término de obligaciones de servicio público dentro del sector económico está referido a un régimen de excepción

---

idea de solidaridad social plasmada en el Estado que debe asumir las necesidades e intereses colectivos". Mientras que para CARLON RUIZ, M. Señala: "[...] el concepto de servicio de interés económico general, a pesar de su ya larga tradición en el entramado comunitario, carece de una definición normativa".

16 PAREJO ALFONSO, L. (2004, 57); SOSA WAGNER, F. (2004, 129). Este último autor asevera: "la comunicación de la Comisión de 26 de septiembre de 1996 cita sobre los Servicios de Interés General en Europa y donde se distinguen sus variantes dentro de esta expresión genérica, tales como las de Servicios de Interés General, SIEG, servicio público o servicio universal. Los Servicios de Interés General designan las actividades de servicios, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público".

intrínsecamente del mercado. Este régimen es el denominado servicio universal, término inmerso en el ámbito de la prestación no rentable que el poder público le encomienda a determinado operador<sup>17</sup>.

Este servicio universal es, en realidad, el viejo servicio público de origen francés. Esta figura es incorporada en Europa en el Libro Verde de 1987, referido al desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones COM (87) 290. En esa misma línea, el Libro Verde 1992 COM (91) 476 final, de 11 de noviembre, sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales, es el instrumento por el cual la Comisión se inclinó por proseguir con la apertura del mercado y potenciar el servicio universal referido al desarrollo del mercado único de los servicios postales.

Este Libro Verde se limitó, en definitiva, a establecer unos principios básicos de ordenación de los servicios postales y propuso la necesidad de llegar a una definición comunitaria de un concepto tan importante como es el del servicio universal que cubra la totalidad del territorio comunitario de modo que: sea accesible a todos los ciudadanos, se proporcione a un precio moderado y sea un servicio de calidad. De este modo, se incorporó esta figura en el ordenamiento nacional, referente a los servicios postales<sup>18</sup>. Esta figura se acompaña de las obligaciones de continuidad, calidad, asequibilidad de precios; casi iguales al viejo servicio público que permitan alcanzar dos objetivos: el primero, que todos los ciudadanos de un país cuenten con una prestación mínima del servicio así no tengan la misma capacidad económica; es decir, para beneficio de todos. Y en segundo lugar, que este acceso se pueda dar independientemente de la localización geográfica y en horario ininterrumpido. En ambos sentidos resulta indispensable determinar quién será el responsable de garantizar las obligaciones del servicio público y el mecanismo de financiación, si tenemos en cuenta la abstención del Estado. E. Vírgala Foruria señala tres probables

---

17 En esos mismos términos se refiere GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2001, 64); FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (1999, 71). Así como LAGUNA DE PAZ, J.C. (2009, 415 y ss).

18 VÍRGALA FORURIA, E. (2001,61); DE LA QUADRA SALCEDO, T. (1995,132).

supuestos para la financiación del servicio universal<sup>19</sup>: 1). Reequilibrio financiero interno mediante subvenciones cruzadas, es decir, la transferencia de fondos desde los sectores reservados al operador dominante para sufragar el coste del servicio universal siendo el sistema menos coherente con la liberalización, por ejemplo, en los servicios postales. 2). Subvención externa mediante diversos instrumentos financieros (fondo de compensación financiera alimentada por contribuciones específicas) que están prohibidos en telecomunicaciones y transportes, y 3). Subvención exterior formada por derechos de acceso que los suministradores sin obligaciones de servicio universal deben pagar al que gestiona la red, además de los derechos de acceso a la infraestructura.

3. Actividades de interés general excluidas del artículo 106 TFUE (antiguo artículo 86 TCE) (carentes de contenido económico) por el cual no es de directa aplicación el régimen de la libre competencia en el mercado y llegan hasta las funciones públicas en sentido estricto.

Como he mencionado al inicio, esta liberalización ha puesto en escena una nueva interpretación del servicio público, que ha sido posible por la cómoda posición del Estado regulador, tanto en España como en Perú. El referente inmediato es el modelo estadounidense del periodo entre las dos guerras mundiales que se expandió a escala global en distintos momentos y escenarios<sup>20</sup>. Sin embargo, el Estado regulador y la liberalización se originan en España a finales de los setenta e inicios de los ochenta, mientras que en Perú se da en una etapa posterior, a inicios de los años noventa. Estos periodos marcan un hito ya que es cuando se constituyen los “Órganos

---

19 VÍRGALA FORURIA, E. (2001, 65).

20 Al respecto, existe un interesante trabajo de JORDANA, J. y LEVY-FAUR, D. (2005). Por mi parte, debo precisar que el fenómeno regulador estadounidense es muy distinto y complejo y, en gran medida, opuesto al fenómeno español y qué decir del sudamericano. El primero de los citados le es propio en su derecho, mientras que en los casos, europeo y, concretamente, español es por la huida y repliegue del derecho administrativo para dar paso a formas más flexibles que permitan incorporar la competencia en sectores que se liberalizaban; finalmente, tenemos al fenómeno sudamericano que da por supuesto la huida del derecho público de manera inconsciente y ve en la liberalización la mejor manera de deshacerse de la gestión y conducción de sus empresas prestadoras de servicios que en algunos casos producían pérdidas para las finanzas del alicaído Estado peruano.



especiales y técnicos” en los sectores a liberalizar con funciones concretas o sectores claves para la vida económica y social, como son los Organismos Reguladores (OR) que se van a consolidar en años posteriores<sup>21</sup>.

A este proceso se llegó por una serie de fenómenos que confluyeron tanto en Europa Occidental como, en años posteriores, también en los países sudamericanos, pero influenciados por el Consenso de Washington<sup>22</sup> y sus recetas económicas para insertarse en el ámbito financiero internacional o como mecanismo de salir de la recesión, como producto de la crisis económica.

En Europa Occidental, y concretamente en España, este proceso no solo se debió a la conformación de la CEE y a la adopción de políticas neoliberales desde su interior, sino que se asentó en su artículo 222 del TCE en cuatro grandes libertades fundamentales<sup>23</sup> (circulación de las personas, mercancías, servicios y establecimientos, y capitales) junto a la adopción de una economía mixta que admitía todo tipo de propiedad pública o privada en los respectivos Estados miembros.

En el caso de Sudamérica, el fenómeno se apreció en la reforma y modernización del Estado y de la Administración pública, la cual permitió la

---

21 Obedece a un proceso de: “[...] reestructuración estatal coincidiendo con reformas económicas implementadas a gran escala a fin de resolver los problemas del modelo de sustitución de importación y crisis de endeudamiento e hiperinflación [...]” Ver JORDANA, J. y LEVY-FAUR, D. (2005, 10). Sus características son: crisis del Estado desarrollista, difusión generalizada de reformas económicas, procesos políticos y en algunos casos alcance de democratización y, finalmente, problemas de consolidación del Estado. En ese mismo sentido coincide PAREJO ALFONSO, L. (1994).

22 Coincido con ROSENTHAL COUTINHO, D. Que el nombre de Consenso de Washington se debe a que los principales organismos multilaterales como el FMI, BM y la Reserva Federal de EE.UU (FED) tienen su sede en este lugar. Este término también es acuñado por el economista inglés J. Williamson, el mismo que diseña un conjunto de políticas liberalizantes. Así se establece una asociación entre la privatización total o parcial de las empresas estatales en el sector de infraestructuras “[...] ao desenvolvimento do setor privado que, por sua vez, associava-se à redução da pobreza. A privatização, em outras palavras, seria responsável pelo ingresso de novos players capitalizados e, por tanto, aptos a realizar os pesados investimentos privados em infra-estrutura pública”. Ver ROSENTHAL COUTINHO, D. (2003,124-125). Es decir, se planteó que el privado pueda contribuir en el desarrollo de un determinado sector en Brasil, como consecuencia de que el Estado no contaba con los suficientes recursos para invertir en el desarrollo nacional y, en especial, en infraestructura para así poder mantener un desarrollo mayor y cubrir la demanda insatisfecha. En ese mismo sentido ARIÑO ORTIZ, G. (2011-745).

23 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 29), (2001, 44); SOSA WAGNER, F. (2004, 125); FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y. (2004, 70); MONTERO PASCUAL, J.J. (2004, 237); FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (1999, 63).

reducción del Estado posibilitando su transformación<sup>24</sup> y un abandono de la actividad estatal directa como es el servicio de prestación, dación de bienes y adopción de un reforzamiento en la actividad de dirección, supervisión y control<sup>25</sup>. También se aprobó la aceptación de economías mixtas en las Constituciones políticas, lo que permitió liberalizar las propias empresas prestadoras de servicios y privatizarlas.

Esta liberalización de sectores se plasmó mediante los siguientes fenómenos:

- a) La privatización de los servicios públicos prestados por el Estado;
- b) La implantación de agencias, comisiones, entes u organismos que regulen, supervisen, fiscalicen la actuación de los operadores especialmente en los servicios demaniales;
- c) La proliferación de mecanismos de regulación, megarregulación y autorregulación reforzada;
- d) La crisis de la noción del servicio público y, finalmente, la retirada o repliegue del Estado.

---

24 ARAGÓN REYES, M. (2009, 45).

25 PAREJO ALFONSO, L. (2000,221).

## 1. CRISIS ECONÓMICAS EN AMÉRICA DEL SUR Y LIBERALIZACIÓN: La aparición de los OR.

Debido a la fuerte crisis económica en América del Sur entre los años 1985 y 1990, diversos Estados<sup>26</sup> se vieron obligados a liberalizar sus servicios públicos como una forma de obtener ingresos otorgando así un marco claro de inversión y estabilidad jurídica al inversionista extranjero en el sector a liberalizar<sup>27</sup>. A través de la privatización o venta de sus empresas se impuso un modelo neoliberal en sus políticas públicas, propias del proceso de reestructuración estatal<sup>28</sup>. De esta forma, el concepto de servicio público entró en crisis.

La puesta en escena de los OR peruanos cumple, a mi modo de ver, la esquematización perfecta de este proceso de reestructuración estatal que han sufrido todos los países sudamericanos, siguiendo el modelo de las famosas Comisiones Reguladoras estadounidenses en un contexto similar en el tiempo con las Comisiones Reguladoras Independientes españolas<sup>29</sup>, hoy en adelante denominadas OR<sup>30</sup>.

---

26 Las privatizaciones comienzan en Chile a mediados de los setenta; en Argentina, a fines de los ochenta con la privatización y desregulación lo cual también supuso la creación de entes y comisiones reguladoras, que se entregaron a la tarea de controlar y supervisar los procesos de transferencias de los activos, así como también a la gestión que, con posterioridad, debían desarrollar los adjudicatarios. Ver CANALES NETTE, P y LOISSEAU, V. "La función reguladora del Estado. Las Autoridades Administrativas Independientes (AAI). Experiencias en Italia, Francia, Inglaterra, EE.UU, España y Argentina" citado por NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008, 44 nota 27). En el mismo sentido se pronuncia CASSAGNE, J.C. (1996, 108), al manifestar la reforma del Estado argentino, que fundamentalmente se apoya en políticas de liberalización de la economía mediante privatizaciones de empresas públicas, evidentemente desregulando y desmonopolizando sus actividades inherentes; como consecuencia de ello aparecerán en escena marcos regulatorios y entes reguladores.

27 Cfr. el tercer párrafo de la parte considerativa del DL peruano N° 674, de 27 de setiembre de 1991, Ley de Promoción de la Inversión de las Empresas del Estado señala: "[...] resulta indispensable, de un lado, otorgar a los inversionistas privados las garantías de mecanismos claros y seguros de adquisición de acciones y bienes de empresas del Estado, y del otro, al Estado peruano, los instrumentos necesarios para una recuperación económica en el más corto plazo, que le permita contar con recursos para aplicarlos a la seguridad, la salud, la educación y la infraestructura vial, entre otros".

28 Las privatizaciones se dan por cuatro tipos de razones: razón económica (debido a las carencias y falta de eficiencia en la mayoría de empresas públicas), razón financiera, razones políticas, razones legales (caso concreto la UE) que obedecen al mercado único y a la libre competencia. NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008, 35).

29 Comisión Reguladora Independiente. Este término fue propuesto por VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 203) para diferenciarlas de las AAI, término más genérico y con funciones específicas en sectores estratégicos como energía y telecomunicaciones y por ser tributario al derecho

En síntesis, la liberalización<sup>31</sup> ha significado no solo cambios de quien presta “el servicio” como tal, sino que diseña y crea una nueva “estructura organizativa”: los OR de los servicios de red. Se trata de “entes” u “Organismos” cuasi independientes y separados, por así decirlo, del poder de turno, por lo tanto aislados de este. No obstante el Estado siempre los adscribe a un ministerio o al Consejo de Ministros o como es el caso del Perú,

J. Jordana D. y Levy-Faur<sup>32</sup> señalan que desde principios de 1920 han existido 12 Agencias reguladoras en 19 países de América Latina aproximadamente, pasando a ser 23 Agencias hacia 1979, hasta llegar a 134 Agencias en 2002.

---

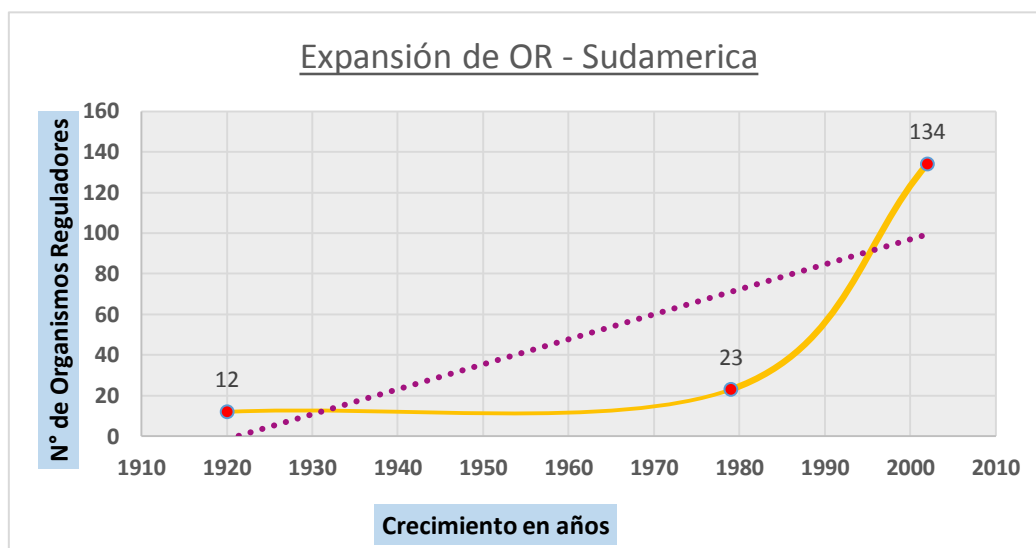
estadounidense. El termino AAI ha sido recogido formalmente de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigencia el 1 de octubre de 2016.

30 Esa es la denominación oficial a partir de la LES, capítulo II, artículos 8 al 26 (derogados por la letra h) de la disposición derogatoria de la Ley 3/2013, de 4 de julio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

31 Es una política dirigida a aumentar la flexibilidad general de la economía y su capacidad de respuesta a los cambios del entorno. Por tanto, es algo obvio que una de las consecuencias de la liberalización es la preparación de la respuesta de la economía para lograr adaptaciones más rápidas a futuras caídas de la actividad económica. Ver BEL, G. (2000, 23).

32 Ver JORDANA, J. y LEVY-FAUR, D. (2005, 5); RAMÍO MATAS, C. (2008, 27) da una cifra 115 Agencias en América Latina, de las cuales 14 son Agencias Reguladoras en Perú y República Dominicana. La evolución que da es favorable para la región sudamericana, de 1920 a 1989: 17; de 1990 al 1994: 43; de 1995 a 1999: 56; de 2000 al 2004: 16.

**Gráfico N° 1.** Expansión de los OR a través de los años.



Fuente: datos obtenidos en J. Jordana y D. Levy-Faur (2005)

Elaboración: El autor

El presente estudio ha partido de la obra de E. VÍRGALA FORURIA<sup>33</sup> que establece que dentro de las Autoridades Administrativas Independientes (AAI) existe un cierto tipo de entes que actúan en sectores económicos denominados en su momento “Comisiones reguladoras de los servicios de red”, creados por ley sin engranaje a un aparato estatal que lo ancle, pero justificados dentro de la Administración pública por su utilidad en el sector para el cual han sido creadas.

Estos “entes administrativos” utilizan varias denominaciones y tienen una procedencia dispar<sup>34</sup>, no teniendo hasta la fecha un consenso en la nomenclatura: Agencias (en el mundo anglosajón)<sup>35</sup>, Autoridades Administrativas (Italia) y/o Autoridades Administrativas Independientes (Francia, España), Organismos Reguladores (Perú). Todos ellos se

33 Ver VÍRGALA FORURIA, E. (2004), el autor establece un término innovador y distintivo en el cual agrupa tanto a la CNE y a la CMT bajo un determinado nomen iuris (específico) como “Comisiones de Reguladoras de los Servicios de Red” de las conocidas “Autoridades Administrativas Independientes” (AAI) que vienen a ser el género. Todo ello ha cambiado con la próxima entrada en vigor del artículo 109 apartado 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

34 LÓPEZ DE LERMA I LÓPEZ, J. (2002, 18); ARAGÓN REYES, M. (2009,45).

35 Utilizar el término Comisión y Agencia es casi lo mismo, ya que es tributario del sistema estadounidense en el que se creó. VÍRGALA FORURIA, E. (2014); DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2012); NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2008) (2013-3).

encuentran organizados bajo una personalidad jurídica propia del derecho público interno. Estos entes permiten garantizar la prestación efectiva del servicio por parte de los particulares y el suministro con habitualidad, continuidad, universalidad y calidad en su cobertura a todo el conjunto de los ciudadanos<sup>36</sup> y, en algunos casos, amparando los reclamos de los usuarios del servicio por prestaciones defectuosas o incumplimiento de contratos.

He considerado conveniente partir del modelo español de los OR en telecomunicaciones y energía desde la vigencia de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) dejando de lado el término de AAI (ahora consagrado en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) para todos aquellos entes u organismos que no tengan nada que ver con los sectores liberalizados ni de red para, posteriormente, trasladar este concepto al Perú, afirmando mi opción a denominarles OR en vez de CRI a este tipo de administraciones implantado en ambos sistemas (español y peruano), debido a que la LES le confiere para “unificar criterios” utilizando una nomenclatura común en esta nueva ley<sup>37</sup> a lo que hoy se considera: “Organismo Regulador”.

La característica común de este tipo de entes es que nacen anexados a acontecimientos económicos, políticos y jurídicos de su época, como consecuencia fundamentalmente de los procesos de liberalización<sup>38</sup>. En España tuvo su antecedente en 1994 con la expedición de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), que crea la primera Comisión Reguladora española en la Electricidad (CSEN) lo que más adelante sería la Comisión Nacional de la Energía (CNE)<sup>39</sup> y posteriormente en 1996 con la expedición del Real Decreto-Ley

---

36 FERNÁNDEZ GARCIA, M.Y. (2004, 70).

37 La Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible (LES), en el capítulo II, mencionaba a los OR en sus disposiciones generales. Basta revisar el derogado artículo 8 apartado 1, que prescribía: “tienen la consideración de Organismo Regulador las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal”.

38 Ver reflexión preliminar de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A. (1999, 5) y también en la obra de LASHERAS MERINO, M.A. (1999), fundamento que también comparte VÍRGALA FORURIA, E. (2014,167).

39 La CNE nació por Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Sector de Hidrocarburos, y luego fue desarrollada por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su Reglamento.

6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las Telecomunicaciones, cuando crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) en plena liberalización del sector.

En el Perú se produce la liberalización a partir de 1991 en adelante; este hecho se materializa con la incorporación de políticas públicas propias del Estado regulador.

Este proceso se conoció como “Reforma y Modernización del Estado”, el mismo que acabó por calar profundamente en otros países sudamericanos<sup>40</sup>.

---

40 Se inició en 1991 y su avance hasta la fecha no ha sido muy significativo en líneas generales, pero sí para el objeto de la creación de los OR peruanos. Iniciado por el ex presidente Alberto Fujimori, en su primera gestión de gobierno auto-denominado “Gobierno de los tecnócratas” basó su programa en distintos lineamientos entre los que resaltaron: a) el establecimiento de un programa de renuncias voluntarias de empleados públicos, bajo incentivos (entre ellas, a quienes integraban organismos del Estado, empresas que se iban a liberalizar por ejemplo); b) la reorganización o “creación de entidades” cuyas funciones resultaban importantes para el éxito del Programa económico del gobierno; un claro ejemplo es la Superintendencia de Administración Tributaria y Aduanera SUNAT; la creación de OSIPTEL 1991, INDECOPI 1992, SUNASS 1992 y; c) la reorganización de la Administración pública en general, incluyendo entidades que conformaban el Poder Ejecutivo y su sistema en el cual se regía”.

Posteriormente aparece un segundo intento de Reforma del Estado por Fujimori hacia 1995, bajo el mismo esquema de legitimar sus actos vía “facultades legislativas” otorgadas por el Parlamento de ese entonces. En este penúltimo periodo de Gobierno se creó el OSINERG (1996) y, dos años después, se creó OSITRAN (1998) como puede verse en las leyes de creación.

Un tercer momento fue en la llamada modernización del Estado peruano cuya publicatio se da con la Ley N° 27658, de 29 de enero de 2002, Ley Marco de la Modernización y Gestión del Estado peruano que, a lo largo de sus cuatro capítulos y quince artículos, busca la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal (artículo 2) y en el caso concreto de mi estudio incluye la participación más directa de la PCM como actor con un rol más protagónico; así veremos en su artículo 13 Organización de entidades y dependencias de la Administración Central, incisos:

“13.1 La fusión de direcciones, programas, dependencias, entidades, Organismos públicos descentralizados, Comisiones y en general toda instancia de la Administración pública Central, así como la modificación respecto de la adscripción de un OPD a un sector a otro, se realizará por Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, de acuerdo a las finalidades, preceptos y criterios establecidos en los artículos 4, 5 y 6 de la presente Ley y previo informe favorable de la Secretaría de Gestión Pública de la PCM. Las demás acciones que sobre reforma de la estructura del Estado requiera realizar el Poder Ejecutivo serán aprobadas por Ley. En los casos de entidades que constitucionalmente se rijan por Ley Orgánica, su fusión se dará por una norma de igual jerarquía”.

“13.2 Las normas de organización y funciones de los Organismos públicos descentralizados”.

En la actualidad, los OR peruanos, de modo legislativo, son cuatro, sin incluir a la ya creada Superintendencia de Transporte Terrestre (SUTRAN). Tanto la LOPE, como la LMOR, señalan que: los OR son creados como OPD, están directamente vinculados bajo el sistema de adscripción a la PCM, así como al sector en que se desenvuelven. Sin embargo, es necesario precisar que la SUTRAN, mediante Ley N° 29380, de 16 de junio de 2009 y su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), no definen a la SUTRAN como regulador, a pesar de que

La reforma es el mecanismo por el cual se reduce el Estado a su expresión mínima y se vuelve flexible, en algunos casos se repliega para conseguir una menor participación en algunas instituciones y, por qué no decirlo en empresas de su propiedad, creando otras bajo nuevas formas y técnicas de gestión privadas<sup>41</sup>.

La reducción del Estado permitió la entrada y competencia de nuevos operadores en un determinado sector, debido a la desconfianza en el Estado gestor cada vez más presente en todas las formas de su aparato burocrático o de la Administración pública<sup>42</sup>. Lo anterior dio lugar al Estado regulador que permitió una nueva fórmula de acción y con instituciones nuevas y especializadas en el sector a despublicar<sup>43</sup>.

Es notoriamente evidente que con el Estado regulador se buscó corregir ineficiencias, desventajas y limitar asimetrías informativas. Para ello se justificó un sistema de cambio de gestión en la técnica o modo de administración pasando de un mercado cerrado (monopolio público) hacia un mercado abierto pero regulado, en donde se permitía la inclusión, participación y entrada a más operadores y agentes económicos

---

hace el esfuerzo de serlo, por las labores que realiza y por la fuerza que su normatividad le confiere.

Otro preclaro intento de evaluar políticas reformadas del Estado peruano es la conformación de una Comisión parlamentaria que culminó con una memoria de la legislatura 2001 – 2002, de 19 de julio de 2002. Ver link: <http://www.Congreso.gob.pe/comisiones/2001/modernizacion/2001-2002.PDF> (última visita: 15/7/2013) en la que se evalúan los Proyectos de Ley referidos a la estructura del Estado, la función pública y la carrera administrativa. Memoria por la cual se da cuenta de los objetivos y logros que se desea alcanzar para conseguir la eficiencia y eficacia. No está demás decir que las intenciones son buenas pero no del todo sólidas, ni garantistas, acorde de la situación real del país que no necesita de diseños legales sofisticados ni de supresiones de órganos, sino de un verdadero cumplimiento de la Ley, y acatamiento por el poder público y de lo dispuesto por sus órganos.

41 Empresas estatales bajo derecho privado, por ejemplo empresas público privadas. A este proceso de reducción del Estado también se la ha conocido bajo otros nombres como adelgazamiento del Estado.

42 MALARET GARCÍA, E. (2003, 757).

43 Este proceso o cambio, como señala RAMIÓ MATAS, C. (2008,47): “[...] parte de la base de un proceso de reingeniería organizativa orientando a mejorar la eficiencia y eficacia de los aparatos públicos convencionales, con eficiencia y eficacia orientados a obtener una moderna gestión pública; y por otra parte, de la necesidad de regular con eficiencia y neutralidad política (es decir con autonomía e independencia) numerosos sectores económicos y sociales generándose un proceso de centralidad combinada entre los agentes públicos y el mercado”.



(inversionistas) en sectores liberalizados ajustando los viejos paradigmas en esta nueva fórmula de intervención<sup>44</sup>.

Esta visión del Estado moderno y la decisión de crear OR en diferentes sectores de un mismo país ayuda a entender la consolidación del Estado regulador y el proceso de reestructuración estatal<sup>45</sup> que, a mi entender, no solo vivió España a lo largo de dos décadas después de la llegada de la democracia, sino que también se dio en el Perú al igual que otros países de la región sudamericana.

Aunque es verdad que a lo largo de estas dos últimas décadas se ha buscado mermar la participación del Estado en su actuación empresarial, este se ha reservado el derecho de actuación cuando la inversión privada no puede satisfacer las necesidades en los sectores declarados de necesidad vital para el ser humano, como la salud, la educación, la vivienda o la seguridad nacional.

En conclusión, se puede afirmar que el Estado activa su rol regulador en las actividades privadas y, de esta manera, se reduce la presión fiscal, su función de redistribución de renta, y orienta mejor sus ingresos ya sea en impuestos, como en el control del gasto público y el gasto social<sup>46</sup>. En consecuencia, se reduce todo lo que estorbe al Estado intentando crear un sistema de órganos que permiten tutelar y proteger al ciudadano, para que no se sienta desprovisto del amparo este, puesto que los ciudadanos, por más que la sociedad avance y las tendencias neoliberales se impongan,

---

44 La liberalización supuso la implantación y presencia del Estado regulador dentro de un Estado social de derecho que promovió de manera responsable la inversión, buscó ingresos para sus arcas y consiguió la eficiencia y eficacia en el manejo de las empresas del Estado. Puede verse el artículo 1 del DL N° 674 en donde declara de interés nacional la promoción de la inversión privada: "Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado".

Para efectos de esta Ley, entiéndase por inversión privada aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado peruano, de los organismos que integran el sector público nacional, y de las empresas del Estado. MUÑOZ MACHADO, S. (2009, 18).

45 JORDANA, J. y LEVI-FAUR, D. (2005, 11).

46 LINDE PANIAGUA, E. (2004, 44-45).

preferirán que los poderes públicos garanticen su acceso a ellos ya que el mercado por sí solo no ha de poder satisfacerles<sup>47</sup>.

## **2. Problemática que presentan los OR en los ordenamientos español y peruano a raíz de su implantación.**

La problemática que puede presentar la gestión de estos “entes administrativos” (sui géneris) constituidos por ley, es el probable choque con las Constituciones de ambos países; por ejemplo en España con el artículo 97 CE<sup>48</sup>, mientras que, para sus similares peruanos se daría en los artículos 90 y 102 inciso 1 de la CPP<sup>49</sup>.

Las colisiones se podrían dar en la potestad reglamentaria así como en la capacidad sancionadora de los OR. En el primero de los casos, la Constitución española de 1978, se debe a la técnica rígida de la misma que señala que: “el Gobierno dirige la administración”.

Ante ello el jurista se plantea que, si los OR son independientes según su ley de creación, el Gobierno difícilmente tendría un marco de acción y dirección. La segunda situación problemática radicaría en la potestad normativa ya que el Gobierno “ejerce la potestad reglamentaria”, no obstante que las leyes de creación les dan tal potestad a los OR.

La misma situación problemática podría surgir en el Perú. Según el artículo 118 incisos 3 y 8 de la CPP<sup>50</sup>, por ejemplo, corresponde al Presidente de la República: “Dirigir la política general del Gobierno” y

---

47 LINDE PANIAGUA, E. (2004, 50), (2007).

48 El artículo 97 de la CE, señala: “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

49 El mencionado artículo 90 del CPP, señala: “el Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única”.

Mientras que el artículo 102 del CPP, señala: “son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”.

Ver: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> (última visita: 30/8/2014).

50 Ver: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> (última visita: 30/8/2014).

“Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. De esta simple lectura podría extraerse que los OR de los servicios de red en el Perú no son independientes y que sus circulares irradian la inconstitucionalidad sobrevenida, toda vez que quienes pueden reglamentar y normar son el Presidente con las advertencias o adiciones que explica la ley y el Congreso de la República.

Una situación particular de comentar es la Ley N° 29158, de 19 de diciembre de 2007, Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), por la cual se habilita expresamente al Ejecutivo en pleno<sup>51</sup> para reglamentar leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento (inciso 1 del artículo 6) así como planificar, normar, dirigir, ejecutar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en conformidad con las políticas de Estado (inciso 2 del artículo 6). Mientras que al Presidente de la República se le confiere “ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones” (letra e del artículo 8). Todos estos artículos son los que podrían demostrar fácilmente que los OR peruanos no son independientes.

En el Perú estos “entes” justifican sus funciones “cuasi normativas” mediante una especie de facultad delegada que les da la ley que las crea y su reglamento en el sector en que se mueven. Además el término de independencia utilizado resulta problemático, puesto que, si bien es cierto son cuasi “autónomos” en el manejo técnico y funcional, la característica

---

51 Presidente de la República, PCM, los Ministerios, Entidades Públicas del Poder Ejecutivo (artículo 2). Esta ley también dota de facultades excepcionales al Ejecutivo en todo el sentido de la palabra. Por ejemplo, puede emitir Decretos Supremos, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Resoluciones Supremas. Asimismo los artículos 23.1 señalan que: “son funciones generales de los Ministerios: letra a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno; c) Cumplir y hacer cumplir el marco normativo relacionado con su ámbito de competencia, ejerciendo la potestad sancionadora correspondiente; d) Coordinar la defensa judicial de las entidades de su sector”, mientras que el 23.2: “para el ejercicio de sus funciones se reserva un cierto tipo competencial como son: las competencias exclusivas, corresponde a los Ministerios: a) Ejecutar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales. b) Otorgar y reconocer derechos a través de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones, de acuerdo a las normas de la materia; c) Planificar, financiar y garantizar la provisión y prestación de servicios públicos, de acuerdo a las normas de la materia”.

esencial de independencia no se presenta de ninguna forma en este tipo de órganos.

Este tipo de órganos o “entes administrativos” poseen facultades regulatorias, supervisoras y fiscalizadoras que le son otorgadas por su ley de creación, aunadas a su reglamento propio. Posteriormente el legislador ha emitido una serie de normas para encuadrar su accionar de acuerdo a su conveniencia y utilidad. Por ejemplo, la Ley Marco de los Organismos Reguladores (LMOR) expedida el 29 de julio de 2000, a mi modo de ver, trata de uniformizar o sintonizar las leyes de creación de los reguladores en general con el reglamento propio de los OR peruanos.

A pesar de su difícil encaje en el organigrama u organización del Estado peruano<sup>52</sup>, hubo que justificarlos al aparecer influidos por la aplicación de principios como participación ciudadana y eficiencia y eficacia de la gestión pública<sup>53</sup>.

Por ello, se podría decir que son cuasi independientes o cuasi autónomos dentro de los respectivos sectores donde operan<sup>54</sup>.

En el caso peruano, como ya he mencionado, el legislador ha adscrito los OR<sup>55</sup> al Poder Ejecutivo bajo la Presidencia del Consejo de Ministros

---

52 <http://www.peru.gob.pe/docs/estado.pdf> (última visita: 1/4/2015) nótese que en este organigrama general del Estado peruano se vincula los OR en una suerte de dos adscripciones por una parte a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) a través de la Secretaría General de la PCM y al Ministro del sector en donde se desenvuelven los OR.

53 LÓPEZ DE LERMA I LÓPEZ, J. (2005, 18).

54 Sin embargo, en la práctica existe cierto sector de la doctrina española entre ellos ESTEVE PARDO, E. (2014,8), que considera que parte de los reguladores españoles fueron “invadidos”, sus decisiones y las votaciones en su seno cada vez más alineadas capturadas por el poder político de turno, en especial las Comisiones reguladoras de los servicios de red, que hoy por hoy, están politizadas o capturadas en clara mención por la CMT, la CNE y el CSN. En ese sentido acusaba al Ejecutivo de intercambiar puestos en las Comisiones por votos presupuestarios, así como propuestas de llevar la CNE a Bilbao, como se hizo con la CMT, a la que se trasladó a Barcelona. Ver comentario crítico de ARIÑO ORTIZ, G. (2009). “Comisiones reguladoras una vergüenza”, en el diario Expansión de 18/7/2009. Obtenido de: <http://www.expansion.com/2009/07/17/opinion/1247861372.html> (última visita: 7/10/2013).

55 Esta adscripción, entiendo se debe a la sujeción en cuanto a la responsabilidad política de este órgano, mientras que para el sector donde opera estará también adscrito al correspondiente ministerio. Entiendo que la autonomía solo es posible si se tiene potestad normativa y eso sucede solo con los Gobiernos regionales y Locales; y en lo administrativo, con la Universidad, la que puede reglamentar la Ley universitaria sin pasar por Reglamento del Poder Ejecutivo, ni de la Región y menos de la Municipalidad.

(PCM) y, en específico, dentro de su organigrama sectorial a la Secretaría General del mismo<sup>56</sup>.

Considero, al igual que E. Vírjala Foruria, que lo que debería distinguir a los OR es su independencia y sobre este concepto se debe diferenciar de cualquier tipo de administración, es decir, del poder público pero también del poder privado. En el Perú, esa independencia no se cumple por la limitada participación o actuación que tienen y porque, de una u otra manera, el Poder Ejecutivo siempre “interviene” en ellos de distintas maneras<sup>57</sup>.

La independencia se debe entender de dos tipos: independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno. La primera está referida al nombramiento de sus miembros y los mecanismos que se usan para tal fin; la segunda está referida a la existencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno respecto de los OR para emitirle instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, de la imposibilidad de modificar las decisiones mediante algún tipo de recurso. En el caso de España será el recurso de alzada; para el caso peruano, el recurso de apelación.

En Perú existe un desconocimiento sobre la creación, el reconocimiento legal y el papel que desempeñan los OR en el mercado liberalizado. Lo interesante del caso no es la confusión de su nomenclatura como “superintendencia, organismo o ente”, sino delimitar cuáles son las Comisiones reguladoras del Perú, dentro de ellas cuáles son OR y si el modelo plasmado en el país es perfectamente comparable con los OR de los servicios de red.

---

56 Cfr. <http://www.pcm.gob.pe/nuestrainst/organigrama-pcm.html> (última visita: 20/5/2013). Así ha quedado señalado en los artículos de la LOPE, en la que el inciso 2 del artículo 32 de la LOPE las adscribe a la PCM.

57 No debe de olvidarse el artículo 23, en especial, el artículo 23.2 que señala: “el ejercicio de las competencias exclusivas, el cual le corresponde a los Ministerios: a) Ejecutar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales. b) Otorgar y reconocer derechos a través de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones, de acuerdo a las normas de la materia; c) Planificar, financiar y garantizar la provisión y prestación de servicios públicos, de acuerdo a las normas de la materia”.

El objetivo del presente trabajo es brindar una perspectiva y analizar las similitudes entre los OR de España (cuya importancia es significativa por el papel que desempeñan en el mercado liberalizado de red en la actualidad) y los OR peruanos y algunos similares en Sudamérica.

En el Perú existen sólo dos Comisiones reguladoras independientes de los servicios de red a modo de OR: la Comisión de los servicios de red en materia de telecomunicaciones, lo que hoy se conoce como OSIPTEL (Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones) y la Comisión de los servicios de red en materia de energía, conocido bajo el nombre de OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería).

Sin embargo, la LOPE (vigente) considera también como “reguladores” al Organismo Supervisor de la Infraestructura y Transporte (OSITRAN) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). El primero de los nombrados es comprensible ya que el sector en que actúa se encuentra “liberalizado”; mientras que el segundo no, pues a la fecha no ha habido privatizaciones a pesar de que inicialmente se creó un comité especial denominado CEPRI saneamiento<sup>58</sup>, pero en 1997 en pleno camino fracasó<sup>59</sup>.

Además, actualmente también tendría que contabilizarse, por extensión normativa, como órgano regulador a la Superintendencia del Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN)<sup>60</sup>, establecido en su

---

58 Este fue un órgano ad hoc creado al interior de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) en empresas municipales de agua potable, para promover este tipo de inversión. En 1998 SUNASS ha reconocido a 145 empresas prestadoras de servicios de saneamiento EPS, incluyendo a SEDAPAL – Lima. Estas empresas son de propiedad de las Municipalidades y prestan servicios a 112 provincias del país. Ver TORERO, M; PASCÓ-FONT, A. (2001, 8).

59 Sin embargo existe un sinnúmero de empresas de agua en manos de privados en régimen de concesión y otras en manos de Municipalidades Provinciales, donde los alcaldes distritales tienen un asiento con voz y voto en el directorio. Para ver el número de empresas prestadoras del servicio a nivel nacional. Ver <http://www.sunass.gob.pe/websunass/index.php/eps/ubicacion>. (última visita: 3/2/2015).

60 Este “Ente regulatorio” la SUTRAN, no tiene competencia sobre la gestión de la infraestructura de transporte de uso público concesionada, la que es supervisada exclusivamente por otro regulador como es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

norma de creación, Ley N° 29380, de 16 de junio de 2009. La SUTRAN se encarga de normar, supervisar, fiscalizar y sancionar las actividades del transporte de personas, carga y mercancías en el ámbito nacional (artículo 1). Es necesario mencionar que esta Institución posee personería jurídica de derecho público interno, con autonomía técnica, funcional, administrativa y presupuestal (artículo 2). Finalmente tiene dos funciones de acuerdo a su ley de creación:

1. Función normativa (artículo 4, inciso 1);
2. Función de supervisión, fiscalización, control y sanción (función compuesta situada en el inciso 2 del artículo 4 de la misma ley de creación).

De esta forma la regulación actúa en un determinado sector reglamentando y poniendo en marcha mecanismos para el buen funcionamiento de una actividad en dos planos. Por una parte, cuidando del buen funcionamiento del mercado y de la concurrencia de todos; y, por otro lado, preservando los intereses de los diferentes operadores económicos y consumidores que actúan. Es desde esta doble perspectiva (de roles) que a los OR peruanos y españoles se les confía la misión de regulación para que demuestren su utilidad, justificación e implantación de los mismos en sectores liberalizados<sup>61</sup>. Ese también podría haber sido el sentir de la doctrina española en cuanto a la justificación e implantación de los OR de España en su escenario, solo en el caso de que pueda compatibilizarse con el modelo de Estado social contenido en el artículo 1.1 de la CE<sup>62</sup>.

En el Perú, el paraguas constitucional forzosamente podría encuadrarse en los primeros párrafos de los artículos 43 2do párrafo; 90; 102 inciso 1;

---

61 DREYFUS, J.J. (2006, 11).

62 Ver apartado 1 del artículo 1 de la CE, señala: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

118 inciso 3 y 8 en fiel concordancia con el artículo 1 de la CPP<sup>63</sup>. Tal como se puede apreciar en siguiente tabla.

---

63 A continuación reproduzco el artículo 43, que prescribe: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”. El artículo 90, establece: “El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única”. Mientras que el artículo 1, señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Ver: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> (última visita: 5/5/2013).



**Tabla Nº 1: Resumen de artículos que colisionan en los ordenamientos español y peruano.**

<b>País</b>	<b>artículos de las Constituciones española y peruana, de 1978 y 1993.</b>	<b>Tipo de colisión</b>
<b>España: CNMC</b>	artículo 97: “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.	<b>Colisión directa</b>
<b>Perú: OSIPTEL OSINERGMIN</b>	artículo 43 2do párrafo; se organiza según el principio de la Separación de poderes. artículo 90 “El Poder Legislativo reside en el Congreso[...]”, artículo 102 inciso 1 “son atribuciones del Congreso: dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”. artículo 118 incisos 3 y 8, “Corresponde al Presidente de la República: Dirigir la política general del Gobierno”. “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.	<b>Colisión directa.</b>

Elaboración: Propia.

### 3. Razones que aconsejan la creación de los OR en los servicios de red.

Como he mencionado la retirada del Estado de la gestión directa de los servicios de red liberalizados, abiertos al mercado, debe ser compensado por una intervención de carácter positivo. La liberación de los mercados no implica ausencia total del Estado, sino que reclama la presencia de la Administración, estableciendo reglas, ejerciendo potestades públicas y funciones regulatorias – como señala E. Vírgala Foruria para que este mercado no se desboque y perjudique a los más débiles<sup>64</sup>.

Esta institución descansa en los órganos y mecanismos que intervienen en ese mercado para garantizar de modo efectivo la tutela de los derechos de los ciudadanos consumidores, de modo competitivo y que garantice el acceso del ciudadano a tal servicio liberalizado.

Los OR se presentan, dentro de un Estado social, como los expertos técnicos del sector para el cual han sido creados, inspeccionando o sancionando y dirimiendo controversias de modo imparcial, neutral y con amplio predominio técnico.

Entre las razones que se suelen dar para la creación de esta clase de reguladores están<sup>65</sup>:

---

64 VÍRGALA FORURIA, E. (2011-12 y ss) (2012-66), (2014-166); LAGUNA DE PAZ, J.C. (2011-91); DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2012-679). ARIÑO ORTIZ, G. precisa que la creación de este tipo de órganos y entes regulatorios, también, se debe a la incapacidad del parlamento “[...]de prever y dar una respuesta a las grandes cuestiones de política económica, industrial o de los mercados; por ello, el legislador se ve obligado a aprobar marcos de actuación flexibles y a delegar amplios poderes[...] a este tipo de órganos”. Ver ARIÑO ORTIZ, G. (2010-14), (2011-926) y en esa corriente es manifiesta por RALLO LOMBARTE, A. (2012,196), al citar el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión denominado: “evaluación del Programa Nacional de Reforma y del Programa de Estabilidad de España para el 2012” [COM(2012) 310 final] al señalar en la p. 25 del citado documento que: “[...] la CNMC no garantiza que esta Comisión realice su actividad reguladora de forma eficaz e independiente [...]”. Ver texto íntegro en: [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2012\\_spain\\_es.pdf#page=3&zoom=auto,-107,580](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2012_spain_es.pdf#page=3&zoom=auto,-107,580) (última visita: 15/9/2015).

65 VÍRGALA FORURIA, E. (2011-12), (2014-168), mientras que para NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2013,10), el surgimiento de estos entes van en la línea de la crisis estatal de adaptación en dos ámbitos: “de orden político y de orden jurídico”. El primero de los mencionados pretende evitar una intervención directa del Estado (poder público) en ciertos sectores, que se considera

### **3.1. Políticas:**

1. Garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a través de un proceso contradictorio que asegure la igualdad de condiciones de los mismos.
2. Tener una acción tutelar o de protección de intereses difusos de toda la colectividad, de modo que puedan disciplinar a las empresas que operan en el mercado y que gozan de poder sobre el mismo.

### **3.2. Técnicas:**

1. Tener especialización técnica, que aluda a la cualificación de la organización, así como la de los miembros que integran los OR, pues son expertos en el sector regulado, de modo que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas complejos que se presenten en el mercado liberalizado.
2. Poseer eficacia por la que los OR tengan procedimientos ágiles, rápidos y asequibles para resolver conflictos incluso más adecuados que los tribunales de justicia y que la Administración pública.

### **3.3. Independencia:**

1. Mantenerse al margen de la influencia gubernamental, de la intromisión del Ejecutivo o del poder de la mayoría política en estos mercados altamente imperfectos; así puede alejar al Gobierno de

---

inoportuna e inadecuada. El segundo está relacionado en: “posibilitar una acción ordenadora y reguladora” más adaptada a las exigencias de sectores especialmente sensibles [...]”.

las relaciones “amicales” con los operadores dominantes que aspiren a evitar que otros operadores quieran entrar al mercado o que los operadores con mayor presencia en el mercado financien campañas políticas de los partidos favoritos en las elecciones.

Una posición interesante es la de A. Betancor Rodríguez, quien esgrime: “[...] los reguladores deben ser creíbles, confiables, previsibles, seguros, etc., ante los ojos de los actores del mercado, estos podrán adoptar sus decisiones con la seguridad de que recibirán un trato justo y adecuado a sus expectativas de rentabilidad”<sup>66</sup>.

Finalmente, el regulador como el Juez debe de estar desvinculado del poder económico, electoral, político, mediático, gremial. Como diría G. Ariño Ortiz: “Sin reguladores independientes no habrá una verdadera liberalización ni verdadera privatización”<sup>67</sup>.

2. Tener estabilidad y continuidad: con duración de mandato mayor que los Gobiernos, los OR proporcionan a la regulación de los mercados una mayor continuidad en sus equipos técnicos y deben continuar de modo responsable los lineamientos regulatorios basados en eficiencia y eficacia y dentro del marco jurídico estable.

---

66 Ver BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2010, 317).

67 ARIÑO ORTIZ, G. (2011, 855).

#### 4. Otros problemas constitucionales que presentan los OR.

Los OR, desde su aparición en las democracias más avanzadas en los ochenta hasta la actualidad, han gozado de una singular aprobación, pero también de un mínimo de detractores que expresan posibles problemas constitucionales<sup>68</sup>. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta como trataré de demostrar.

La implantación de los OR en la mayor parte de la legislación de los países hispanoamericanos justifica su accionar dentro del mercado liberalizado. Sin embargo, las Constituciones sudamericanas afirman que su engranaje en la Administración pública y su funcionamiento no afectaría el principio de separación de poderes.

Sin embargo, aquí dos posibles incompatibilidades que podrían presentar los OR:

1. La facultad de dirección de la política regulatoria, que siempre está reservada a los Gobiernos democráticos<sup>69</sup>.
2. La potestad reglamentaria que gozan los OR es exclusiva del Gobierno<sup>70</sup>.

---

68 En ese sentido PAREJO ALFONSO, L, citado por NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2013,5), señala que este tipo de Administraciones Independientes “[...] representan una auténtica perturbación, sino una verdadera conmoción del sistema administrativo establecido[...] [...] se trata de unas entidades expresivas de una respuesta empírica, pero no casual ni gratuita a la ya aludida crisis del Estado como mecanismo de integración social, una respuesta a novedosas necesidades de regulación, que se estiman defectuosamente satisfechas por los instrumentos y los mecanismos tradicionales (legislativos, ejecutivos y judiciales)”.

69 Basta revisar el artículo 97 de la CE, en el cual señala: “El Gobierno dirige la administración civil [...]”. Mientras que el artículo 43 de la CPP, expresa: “El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario y descentralizado, y se organiza bajo el principio de separación de poderes”.

70 Ver el artículo 97 de la CE: “[...] El Gobierno, ejerce... la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”, así como el artículo 118 inciso 8 de la CPP: “Corresponde al Presidente de la República: ejercer la potestad reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas [...]”

Para el primero de los casos, las leyes de creación de los OR les confieren la calidad de formar parte de la Administración pública. De esta manera justifica su implantación legal; basta revisar el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 3/2013, de 5 de junio, de creación de la CNMC<sup>71</sup> que la remite a la LOFAGE. Es decir que la ley creadora de la CNMC la habilita, por así decirlo, como parte integrante de la Administración del Estado.

De igual modo sucede con los OR peruanos que la LOPE incorpora a los reguladores a la Administración del Estado<sup>72</sup>. Pero ninguno de los

---

71 Dicho artículo 1 apartado 1 prescribe: “Se crea la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, como organismo público de los previstos en la Disposición adicional decima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”.

72 La LOPE, señala en diversos artículos como por ejemplo en el artículo 2: “Conforman el poder Ejecutivo, inciso 5: “Entidades públicas del Poder Ejecutivo”. El mismo que es concordante con el artículo 28, “Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional. Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Públicos Ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

2. Organismos Públicos Especializados, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo. En ambos casos, su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción se acuerdan por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Los Reglamentos de Organización y Funciones respectivos se aprueban por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros”.

En ese mismo orden de armonía está el artículo 31, que prescribe: “Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores.
2. Organismos Técnicos Especializados”.

Finalmente el artículo 32, es más específico cuando señala que “los Organismos Reguladores:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.
3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.
4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.
5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.
6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese.
7. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley”.

Puede consultarse el texto íntegro en: [http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Ley-Organica-del-Poder-Ejecutivo\\_29158-LOPE.pdf](http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Ley-Organica-del-Poder-Ejecutivo_29158-LOPE.pdf) (última visita: 5/5/2014).

ordenamientos, español y peruano, admite la posibilidad de que la dirección del Ejecutivo sobre los reguladores sea ligera y, además, porque ni la dirección (signifique) dependencia, ni la independencia es absoluta o estricta, por lo que la constitucionalidad de estos podría estar garantizada.

Finalmente, respecto a la potestad reglamentaria que se les atribuye, las leyes de creación son bastante generosas tanto para la CNMC como para sus homólogos peruanos (OSIPTEL, OSINERGMIN). Esta potestad reglamentaria que se irrogan no es una potestad externa o de desarrollo directo de la ley. Además porque existe delegación de la potestad reglamentaria o desconcentración de la potestad reglamentaria como lo ha señalado el TC español en su sentencia 135/1992, de 5 de octubre (FJ 3º) al decir que: “[...] es posible formalmente y en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma [...]”, más aún que “el artículo 97 de la CE, no puede entenderse con un criterio estricto al pie de la letra [...]”. Máxime si la española LOFAGE (que quedará derogada en octubre de 2016) y la peruana LOPE permiten a otros miembros del Ejecutivo poseer la potestad reglamentaria (como en este caso es tanto el Presidente de la República como los Ministros de Estado)<sup>73</sup>. De esta forma también estaría salvada la constitucionalidad.

Por las consideraciones expuestas, es que emprendo la presente investigación tratando de dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Existen diferencias y similitudes entre el nacimiento, evolución y funcionamiento de los OR de los servicios de red en España y Perú?.

Para responder dicho interrogante de manera general se requiere:

---

73 Artículo 12.2.a LOFAGE: “Corresponde a los ministros... a) Ejercer la potestad reglamentaria en materias propias de su departamento”. Pero no impide que los órganos administrativos no puedan recibir un poder reglamentario especial o que una ley les pueda conferir tal facultad. Situación similar se establece en la LOPE, en su artículo 3, inciso 3.1: “Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los OR ejercen las siguientes funciones: inciso a) Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los Reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios”.

1. Analizar y comparar el nacimiento y desarrollo (funcionamiento) de los OR de los servicios de red en España y Perú.
2. Describir el rol que tienen los OR de los servicios de red en las economías de libre mercado entre de España y Perú.
3. Describir el papel y funcionamiento de los OR de los servicios de red para el sector que han sido creados en España y Perú.

Y de manera específica pretendo alcanzar los siguientes objetivos:

1. Determinar el origen de los OR de los servicios de red en España.
2. Describir el modelo y clasificación de organización que tienen los OR de los servicios de red de España.
3. Analizar los aspectos normativos constitucionales en Sudamérica que permiten el nacimiento de los OR de los servicios de red en Perú.
4. Conocer y describir los OR peruanos de telecomunicaciones y energía.
5. Conocer y describir otros tipos de OR.
6. Conocer y describir el caso de la SUTRAN como posible regulador.

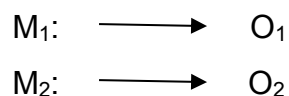
Con el logro de estos objetivos, demostraría que existen similitudes y diferencias significativas entre los OR de los servicios de red de España y Perú en cuanto a su nacimiento, evolución y funcionamiento.

Las principales técnicas e instrumentos utilizados en la presente investigación han sido: la observación, el análisis documental, el análisis normativo, para cuyos efectos se han elaborado la guía de observación y fichas bibliográficas respectivas.

Finalmente, se han utilizado fuentes de información secundarias en razón de que se ha hecho un análisis de la doctrina relacionada con la parte de regulación, servicios públicos, la normatividad sectorial de los OR y su Estatuto de funcionamiento, información obtenida en las páginas web oficiales de cada institución, relacionada a los reguladores de España y Perú.



Considerando que la investigación realizada es de tipo descriptivo, comparativo, longitudinal, el diseño de contrastación utilizado es comparativo con muestras diferentes cuya representación gráfica es como sigue:



Donde:

$M_1$ : constituye la muestra de OR – española (CNMC).

$M_2$ : constituye la muestra de OR – peruanas (OSIPTEL, OSINERGMIN).

$O_1$ : constituye la observación o información obtenida de la  $M_1$ .

$O_2$ : constituye la observación o información obtenida de la  $M_2$ .

#### 1.1. Análisis Comparativo:

$O_1$  vs.  $O_2$

Para concluir, la naturaleza de la presente investigación es de tipo descriptivo y comparativo donde la población (P), motivo del presente estudio, estuvo constituida por:

- La  $P_1$ : Está representado por la CNMC.
- La  $P_2$ : Está compuesta por los OR del Perú (OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN, SUNASS).

La muestra que se ha utilizado es bajo la técnica del muestreo no probabilístico en razón de que el investigador ha decidido trabajar con la CNMC para el caso de español y, para el caso peruano, se ha decidido trabajar preferencialmente con OSIPTEL, OSINERGMIN; sin embargo, por extensión se ha considerado también a OSITRAN, SUNASS.



## **PRIMERA PARTE**



## **CAPÍTULO 1**

---

**IMPLANTACIÓN DE LOS ORGANISMOS  
REGULADORES DENTRO DEL PROCESO  
COMUNITARIO EUROPEO Y  
SUDAMERICANO: “FUNDAMENTOS  
JURÍDICO – ECONÓMICOS”.**

## 1. Los OR como un tipo de las Autoridades Administrativas Independientes en España.

En los últimos tiempos, la doctrina española ha discutido sobre las Autoridades Administrativas Independientes y los posibles problemas que suscitan<sup>74</sup>. Dentro de este género se encuentran los OR de los servicios liberalizados en dos sectores importantes: Telecomunicaciones y Energía, más conocidos como servicios en red. Cierta parte considerable de la doctrina adopta esta “denominación” debido a la fuerte influencia del mundo anglosajón<sup>75</sup>.

El derecho de los países miembros de la UE recogió esta influencia anglosajona (Independent Regulatory Commissions) y la incorporó en sus ordenamientos<sup>76</sup>, desarrollando la figura de la Autoridad Independiente en las últimas décadas del siglo XX.

La expedición de la española Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) adopta en sus disposiciones adicionales el término de organismos públicos<sup>77</sup> que aspiran a una gestión pública neutral, y estas

---

74 Ver los trabajos de: VÍRGALA FORURIA, E. (2004) (2006); CUCHILLO FOIX, M. (2006); MARTI SÁNCHEZ, S. (2006); SALVADOR MÁRTINEZ, M. (2002)(2015); LÓPEZ DE LERMA I LÓPEZ, J. (2002); SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2000); LOPEZ-RAMÓN, F. (1991); MALARET I GARCIA, E. (1992) (2003); BETANCOR RODRIGUEZ. A. (1994), PAREJO ALFONSO, L. (1994); por citar entre otros.

75 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 19, 210), (2006, 147); RODRÍGUEZ ARANA, J. y SENDÍN GARCÍA, M.A. (2010,53); En ese sentido DEL GUAYO CASTIELLA, I., afirma que las “Agencias norteamericanas son el gran aporte de los EE.UU a la cultura regulatoria mundial”. Del mismo modo coincide ESTEVE PARDO, J. (2007,89) (2014, 11). Si bien es cierto que en EE.UU y el Reino Unido fueron los pioneros en la liberalización de los mercados, también es conocido que en la Europa continental la liberalización es un fenómeno relativamente reciente. La mayoría de los segmentos del mercado fue abierta a la competencia a finales de los años noventa del siglo XX. PEITZ, M. (2001,95).

76 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 18); LÓPEZ RAMÓN, F. (1991,190); NAVAJAS REBOLLAR, M. (2000, 143); BACIGALUPO SAGGESE, M. (2008, 17); NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008, 40-42); TEROL GÓMEZ, R. (2000, 30); ARAGÓN REYES, M. (2009), RALLO LOMBARTE, A. (2012).

77 De la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) se deduce que son Organismos públicos “especiales”, ya que no encajan en ninguno de los previstos en la misma LOFAGE: Organismos autónomos (OA), Entidades empresariales (EE), Agencias ejecutivas (AE). No obstante que esta norma ha sido

son las llamadas AAI. Así ha quedado redactado en la disposición adicional décima apartado uno. En ese sentido lo meritorio de la LOFAGE es que adopta un criterio que homogeniza el concepto de entidades instrumentales.

En mi opinión, las AAI son entes u organismos que gozan de una específica autonomía (aunque no de una total independencia frente al Ejecutivo), que emergen bajo el amparo de una ley que las regula y que aspiran en el fondo a ser una autoridad neutral. Las AAI forman parte de la Administración Pública y gozan de cierto tipo de potestades en el sector en que se desenvuelven, así como velan por la protección de determinados derechos fundamentales<sup>78</sup>.

Lo curioso del caso es observar la consolidación en España de las AAI dándose a la salida del régimen dictatorial y en la transición democrática con la Constitución de 1978. La fragilidad del Gobierno de UCD permitió que la presión de la oposición forzara la creación de un organismo de

---

derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, su vigencia será efectiva el 2 de octubre de 2016. Esta norma contiene una regulación coherente con su antecesora, en lo concerniente a las Autoridades Administrativas Independientes. Ver artículos 84.1. “[...] integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades b) Las Autoridades Administrativas Independientes”; artículo 109 relativo a la definición de AAI y el artículo 110 relativo al Régimen jurídico de AAI.

78 En el caso específico de los OR españoles y peruanos, éstos debieran garantizar el derecho de acceso de los usuarios del servicio así como coadyuvar al acceso universal a los mismos. La Ley española 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, mantiene su independencia funcional y autonomía en el cumplimiento de sus fines. Ver artículo 109 apartados 1 y 2 que respectivamente señalan: “[...] Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley.

“[...] Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial [...]”.

control y fiscalización a la energía nuclear, al hilo de las campañas antinucleares en el mundo<sup>79</sup>.

Diversos acontecimientos aparecen, coincidentemente, dentro del proceso liberalizador de la economía y mercados financieros en los ochenta. En este momento, es cuando se crea el Consejo de Seguridad Nuclear Español (CSN) con la finalidad de controlar y regular todo tipo de actividad privada relacionada con la actividad nuclear, estableciéndose como punto de partida de las Comisiones reguladoras<sup>80</sup>.

A partir de ahí aparecieron la CNMV, el TDC, el CSN, la CMT, la CNE y se produjo la reconversión del BE<sup>81</sup>.

---

79 NAVAJAS REBOLLAR, M. (2000, 154), LÓPEZ RAMÓN, F. (1991, 197), VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 210), SALVADOR MARTINEZ, M. (2002, 239).

80 Un estudio detallado de este punto pueden verse en los trabajos de SALVADOR MARTINEZ, M (2002, 235-241), así como NAVAJAS REBOLLAR, M. (2000, 137). Este último autor señala que se produce ante la eventual por la reforma que en la tipología de los entes instrumentales va a producir la Ley General de Presupuesto de 1977.

81 CUCHILLO FOIX, M. (2006, 7).



## 2. Los OR dentro del proceso de unificación europea.

El proceso comunitario europeo justificó el impulso a la liberalización del servicio público, a la inducción al derecho de la competencia y por ende a la ruptura de monopolios<sup>82</sup> y a la implantación de los OR<sup>83</sup>. Se convirtió, en consecuencia, en el marco perfecto para el desarrollo y consolidación de los mismos en España.

Simultáneamente, se gestó una nueva corriente liberalizadora y despublificadora de los “servicios de red” (telecomunicaciones, energía, transportes e infraestructuras) recogidos por el derecho comunitario que replanteaba la concepción del Estado, asignándole así nuevas tareas en el manejo de los servicios públicos. De esta forma, por un lado el Estado se mostraba a favor del mercado con ingredientes de competencia y, por otro lado, se garantizaba el acceso de los servicios de red a más usuarios. Con ello se ha producido, como señala E. Vírjala Foruria: “una nueva recapitulación de la concepción sobre el modo de gestión de los servicios públicos” en su vertiente objetiva como misión de interés general de la que señala el Derecho comunitario a favor del mercado y la libre competencia,

---

82 Se ha hecho notar que, dos décadas atrás, el sector eléctrico estaba muy integrado de manera vertical por empresas de modo tal que las empresas de energía eran las titulares de las redes de transporte y se ocupaban directamente de la distribución y el suministro a los consumidores finales. Así pues, la liberalización implicó la desintegración vertical y el establecimiento de medidas que permiten que cualquier operador pueda comercializar energía, acordando su venta a un consumidor final, transportándola a través de redes cualquiera que fuera el titular de las mismas. MUÑOZ MACHADO S. (2009, 76). En ese mismo punto las telecomunicaciones son ajenas a este tipo de fenómenos, pues la liberalización no ha puesto fin a la presencia pública. Dicha presencia solo se ha transformado; si bien es cierto ya no la presta directamente, sino que se limita a ordenar la prestación por parte de los privados MONTERO PASCUAL J.J. (2007,808).

83 En ese sentido FERNÁNDEZ FARRERES G, señala que: “[...] se ha considerado que la transición a la competencia necesita de medidas complementarias que garanticen a los operadores que acceden al correspondiente mercado puedan actuar en igualdad de condiciones. Así como la adopción de medidas de carácter organizativo que eviten el entre cruzamiento de las actividades de regulación y servicios”. En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO S. (2009, 110).

pero con obligaciones de servicio público al margen de quién desarrolle o preste la función, sea el Estado o los particulares<sup>84</sup>.

Esta recapitulación objetiva del servicio público, recogida por el derecho comunitario, restringiría la gestión del Estado priorizando la participación de las empresas u operadores privados en los sectores de red y estando regulados bajo derechos especiales o exclusivos, excluyentes en parte o en todo de aplicación de sus normas. Por ello se dice que el Derecho comunitario ha provocado, sin quererlo, la “aparición de un escenario jurídico en aquellos ámbitos que tradicionalmente pudieron configurarse como servicios públicos”<sup>85</sup>.

---

84 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 29); (2001, 44).

85 Ver a GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2005, 165-167). Del mismo modo comparte esta posición MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (2000, 33).

### **3. Los OR de los servicios de red y la gestación del servicio de interés económico general, artículo 106.2 TUE (antiguo artículo 86.2 TCE): la vinculación con los reguladores.**

Como he mencionado, los reguladores de los servicios de red están íntimamente relacionados al proceso de liberalizador comunitario y a los SIEG que buscaron un punto de equilibrio estable entre el Estado y la sociedad y entre el Estado y el mercado<sup>86</sup>. El establecimiento del mercado único, junto al auge del nuevo papel del Estado en el proceso económico, hace posible el reacomodo o transformación, por así decirlo, del servicio público en su versión objetiva de SIEG.

Por otro lado, se deja un régimen de excepción dentro del sistema general de mercado como es el servicio universal, al cual la doctrina le atribuye un régimen no rentable que se le encomienda a un operador.

#### **3.1. El Servicio de Interés Económico General.**

Es complicado analizar el artículo 106 del TUE (antiguo 86 del TCE) y sus variantes, por lo difícil de la construcción y el contenido esencial del mismo. Y porque se dice que tanto el servicio público como los SIEG vienen a decir sustancialmente lo mismo, pues como señala L. Martín Rebollo: “[...] ni ha habido antes, ni ha habido ahora un concepto legal de servicio público o de servicios de interés económico general. Y que son conceptos que con frecuencia, se manejan de forma indiferenciada y notablemente ambigua”<sup>87</sup>.

Otros autores<sup>88</sup>, entre ellos el mismo E. Vírgala Foruria, han abordado el tema del análisis y perspectivas del artículo 106.2 del TUE, coincidiendo que el derecho comunitario no tiene un concepto

---

86 MARTIN REBOLLO, L. (2003, 628). TORAL OROPEZA, P. (2015, 423,424).

87 MARTIN REBOLLO, L. (2003, 629).

88 DE LA CUADRA SALCEDO, T. (2009); MUÑOZ MACHADO, S. (2009); DÍEZ-PICAZO, L.M. (2009); MONTERO PASCUAL J.J. (2009,25-27). Cada uno de los mencionados autores aborda el tema de manera distinta pero en el fondo con similares conclusiones.

orgánico de servicio público sino un concepto objetivo, el cual consiste en encargar a determinadas empresas públicas o privadas la satisfacción de los SIEG en un contexto de competencia, así el artículo 106 del TUE, que señala:

*“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente tratado, en especial a las normas de competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.*

Un rápido análisis del artículo 106.2 del TUE se extrae que las “empresas de gestión de interés económico general”, son las conformadas por cualquier persona o entidad o unidad de producción que ejerce una actividad económica empresarial, citando a L.M. Díez-Picazo<sup>89</sup>, se puede decir que: “[...] esto es, ofrecer bienes o servicios en el mercado independientemente de la forma que adopte, del régimen jurídico a que esté sometida, y de si tiene o no ánimo de lucro.” Mientras que el término “empresa” atañe a una persona privada considerada como unidad de producción y, en este caso puntual, ataca en un sector de alta carga económica como son los sectores liberalizados o servicios de red (telecomunicaciones, energía, transporte), actividades de servicio comercial<sup>90</sup> que cumplen con la

---

89 DÍEZ-PICAZO, L.M. (2009, 410). El enfoque que da este autor es el de empresa en términos comunitarios.

90 SOSA WAGNER, F. (2004, 129). Basta ver el Libro Verde sobre Servicios de Interés Económico General, COM (2003) 270 final, de 21 de marzo de 2003. En los términos de su considerando 49 se extrae que: “las competencias y responsabilidades de los organismos reguladores en los Estados miembros varían en función del sector de que se trate y de la

misión de interés general sometidas a obligaciones de servicio público. El término de “empresas con el carácter de monopolio fiscal” se refiere a las que tienen como finalidad recaudar fondos para el fisco, es decir, “allegar recursos para las arcas del Estado”<sup>91</sup>.

Ambas empresas o cualquiera de sus modalidades ya descritas se someten a las reglas de este Tratado, preferentemente a las reglas de competencia.

Posteriormente cuando se refiere: “[...]en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada,” se infiere - a mi modo de ver - cómo la condición que el propio precepto impone a las normas de competencia “que no impidan de hecho o de derecho” el cumplimiento de la misión específica confiada (a las empresas prestadoras), encargadas de la gestión de SIEG, con una doble ambigüedad según D. Sarmiento<sup>92</sup> que radicaría en la palabra “impedir”. Por ello señala: “[...] su traducción en otras versiones

---

legislación nacional, en particular por lo que respecta al reparto de tareas entre el regulador del sector y el ministerio competente”.

“Este reparto de tareas viene determinado en gran medida por las tradiciones jurídicas y administrativas de los Estados miembros. Ciertas responsabilidades fundamentales, sin embargo, son comunes a la práctica totalidad de los reguladores de los sectores en cuestión. La regulación de las condiciones y modalidades de acceso a las redes existentes y de los precios al por menor, destinada a evitar prácticas abusivas de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado, son probablemente los ejemplos más destacados.

A este respecto, la acción de los organismos reguladores complementa la de las autoridades responsables de la competencia: “mientras que estas últimas aplican la legislación general sobre la competencia a un sector específico adoptando medidas a posterior, es decir, después de que el abuso haya tenido lugar, los primeros intervienen normalmente con un enfoque preventivo, estableciendo normas destinadas a reducir el riesgo de abusos antes de que se produzcan”.

91 VÍRGALA FORURIA, E. (2001, 54, nota 33) señala que “las empresas que tienen el carácter de monopolio fiscal son las que tienen como finalidad allegar recursos para las arcas del Estado, aunque no sean de interés económico general, siendo su operatividad práctica muy limitada por la prohibición de establecer nuevos monopolios de carácter comercial (artículo 31 TCE) (Wachsmann y Berrod, 1994, p.45 y De la Quadra-Salcedo, 1995, p. 71). Esto significa que la exclusión de las reglas generales del Tratado no se basa solo en razón de intereses generales, sino también con finalidades recaudatorias que prevalecen sobre libertades económicas del TCE”.

92 SARMIENTO, D. (2009, 281).

lingüísticas es un tanto ambigua y no aclara el grado de intensidad que reclama el Tratado”. En otros países miembros ese mismo término posee connotaciones distintas. Por ejemplo, la traducción francesa significaría “hacer fracasar”; de forma distinta a la danesa, la italiana y qué decir a la alemana, lo cual obliga a recurrir al entramado jurisprudencial en busca de dudas.

Sin embargo, la doctrina española en cuanto a los SIEG ha plasmado un criterio unificador respecto a quién es el llamado a prestarlo. En principio, son los particulares en los denominados sectores de red en régimen de competencia o, en su defecto, la Administración.

Y, en segundo lugar, porque, al margen que la prestación del servicio puede ser o no considerada de interés general, debe prestarse o satisfacerse de modo que el servicio brindado deba darse en competencia y sea entendido como un esfuerzo que mejora la calidad de los bienes y servicios, pudiendo solo declararse fuera del ámbito o exentas del derecho de competencia (comunitario) en la medida en que se vea impedida la consecución de la misión que tienen atribuida y que, además la prestación efectiva del mismo sea incompatible con la sujeción a la libre competencia.

### **3.2. Imprecisión doctrinal y falta de definición de los servicios de interés económico general.**

Como he explicado resumidamente, en la parte introductoria del presente trabajo, existe una aproximación al concepto comunitario (supraconcepto) del SIEG contenido en el artículo 106.2 de la versión consolidada del TUE. Por cierto, se dice que este término arroja al viejo servicio público en sus dos vertientes objetiva y subjetiva. Así lo consideran las investigaciones de E. Vírgala Foruria; F. Sosa Wagner; L. Martín Rebollo; S. Muñoz Machado; L. Parejo Alfonso; M.Y.

Fernández García; S. González-Varas Ibáñez y otros autores. En este sentido es sumamente revelador que el Tratado no dé ni exprese, literalmente, ninguna definición de la expresión SIEG. Hay otras comunicaciones o documentos de trabajo emitidos por la Comisión Europea donde se han ocupado del concepto aludido<sup>93</sup>.

Por mi parte coincido con L.M. Díez-Picazo<sup>94</sup> en el sentido de que “son los países miembros, los que deben decidir según sus propias orientaciones y preferencias de política social, qué actividades deben regirse por los citados principios de universalidad, continuidad y asequibilidad y, en consecuencia, pueden llegar a merecer la calificación de SIEG a efectos del derecho comunitario”. De todas formas considero que el SIEG obedece a una regla clara de que las empresas encargadas de la gestión de los servicios sean los privados en régimen de competencia y en su defecto lo sea el Estado.

El nuevo servicio público, bajo su forma de SIEG contenido en el artículo 106.2 del TUE, es producto de la creación del mercado único, de sus reglas y del mismo derecho comunitario, que han ejercido un influjo especial haciendo que el derecho público se replantee y concilie fórmulas más *soft* - por así decirlo - sobre la posterior consolidación de los OR dentro de las AAI como “organismos cuasi autónomos”<sup>95</sup>.

Para el suscrito, los reguladores son organismos especializados únicos en su especie, que regulan un sector concreto de la actividad económica liberalizada del país y al que se le responsabilizará la regulación para la competencia. Como dice M. Bacigalupo Saggese, son: “organismos únicos y establecidos ad hoc”, a los que se tiende a

---

93 Ver COM/2002/0331 (final). Comunicación de la Comisión - Nota metodológica para la evaluación horizontal de Servicios de Interés Económico General. Así como también los trabajos de MONTERO PASCUAL, J.J. (2009, 25-26); (2009, 70-71); ARIÑO ORTIZ, G. (2011, 723 y ss); CARLON RUIZ, M. (2012, 78).

94 DÍEZ – PICAZO, L. M. (2009, 413-414). En el mismo sentido VÍRGALA FORURIA, E. (2001, 56); ROLDAN MARTIN, A. (2000, 34).

95 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 210, 213); LÓPEZ DE LERMA I LÓPEZ J. (2002, 12).

atribuir en bloque funciones de regulación referentes a actividades o sectores de interés general, con un alto grado de neutralidad que lo hace fiable ante los operadores y los usuarios”<sup>96</sup>.

#### **4. Regulación normativa de los OR de los servicios en red en España.**

En 1994 se aprueba la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional (LOSEN) que marca el proceso de liberalización del sector eléctrico, en el cual se introducen elementos de competencia. Esta ley en su artículo 6 apartado 1 crea al ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional<sup>97</sup>, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN)<sup>98</sup>.

Con la creación de la CSEN y sus posteriores transformaciones en 1997 mediante Ley 54/1997, de 27 de noviembre, se da el primer paso a la liberalización del mercado eléctrico, denominándose Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y, finalmente, con la Ley 34/1998, de 7 de octubre, este Ente se convierte en la CNE.

La fenecida CNE, además, poseía otros campos de competencias como los hidrocarburos, gases y líquidos, y complementaba su desarrollo funcional con el reglamento fijado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio<sup>99</sup>.

Cuando ejercía potestades administrativas, la CNE sujetaba su actividad en el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento

---

96 Ver BACIGALUPO SAGESSE, M. (2008, 17). ARIÑO ORTIZ, G. (1999,678-679) (2011,855).

97 Otro aspecto importante de destacar es el establecimiento del protocolo eléctrico que nace como producto de un acuerdo de negociación entre las empresas eléctricas y el Ministerio de industria y energía. Este documento establece las bases operativas del nuevo sistema eléctrico, define los plazos, medidas y salvaguardias que deberán ser puestos en práctica durante todo el período transitorio hasta alcanzar los objetivos en el sector eléctrico, como son liberalización y competencia en este mercado. BACIGALUPO SAGESSE, M. y TABOADA ABADIAS, R. (2007,734).

98 Con facultades regulatorias y supervisoras del sistema. Así mismo presenta caracteres de transparencia en su actuación y objetividad e independencia de quienes lo integran.

99 La Comisión Nacional de Energía (CNE) fue el ente regulador de los sistemas energéticos y estaba diseñada como un organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio.



administrativo común<sup>100</sup>, supletoriamente a la LOFAGE<sup>101</sup>, remitiendo a la legislación de contrato de las administraciones públicas. Sin embargo, en lo no previsto se sujeta a las normas del sector privado.

El segundo OR que se creó fue la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), mediante el Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de junio<sup>102</sup>. La CMT disponía de un régimen jurídico similar a la CNE en el sentido que tiene una norma para el desarrollo de su régimen jurídico que descansa en el RD 1996/1996, de 6 de setiembre, por el que se aprueba el reglamento de la CMT<sup>103</sup> y se establece como objetivo la implantación y supervisión de las obligaciones específicas que tienen que cumplir los operadores en los mercados de las telecomunicaciones<sup>104</sup>.

Es imprescindible destacar que, en su momento, las extintas Comisiones españolas (CMT, CNE) formaban parte del género de las AAI y fueron en su momento en realidad Comisiones Regulatoras de los servicios en red (en sentido estricto); estos entes reguladores como dije anteriormente han nacido bajo el influjo del derecho comunitario con las nuevas doctrinas neoliberales que han calado en el mundo entero y con la importación del modelo anglosajón de las “Agencias”. Por este motivo su denominación primigenia se ajustó a la de “Comisiones reguladoras

---

100 Mediante Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la misma que será derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la misma que entrará en vigencia el 2 de octubre de 2016.

101 La LOFAGE, será derogada por la vigencia de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016.

102 La mencionada creación fue establecida en el artículo 1. La CMT nace junto a la liberalización de las telecomunicaciones. Dicho Real Decreto-Ley fue derogado y sustituido por Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un Organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente del patrimonio del Estado (artículo 48.13 de la Ley 32/2003 Ley General de Telecomunicaciones, derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) y que goza de plena capacidad pública y privada.

103 Y la Orden de 9 de abril de 1997 por la que se apruebo su régimen interior de la CMT.

104 Fomentando la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.

independientes de los servicios en red” tal como lo denomina E. Vírgala Foruria<sup>105</sup>.

Para el suscrito, las extintas Comisiones Reguladoras Independientes, (hoy OR) en España y sus similares peruanos, nacen en un parecido contexto mundial en un espacio y tiempo histórico similares, cuya característica común sería el proceso de desmonopolización de los servicios de red. No obstante, encontramos matices distintos. Mientras que para los países de la entonces Comunidad Europea, el proceso de liberalización de los servicios públicos consolidado en los noventa ha significado la transformación de los servicios públicos en SIEG; los OR peruanos surgieron con el proceso de desmonopolización de las telecomunicaciones en 1991 y como veremos más adelante con la imposición de los reguladores, en específico de las telecomunicaciones, acompañado del desmantelamiento de un número significativo de empresas del Estado debido a factores de desconfianza que se tradujeron en incompetencia, ineficacia e iliquidez y, finalmente, en quiebra.

En ambos casos se introdujo la “competencia” y el “modelo de economía de mercado” impuesto de manera legislativa (ya sea por Directivas de la CEE o vía Decretos en Perú) - como lo detallaré más adelante - características “sine qua non” para su implantación.

---

105 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 210), (2004, 148) se ha mencionado que este autor hace una clara distinción o subcategoría entre las AAI (género) y las CRI, por no decir especie por tener que ver con mercados liberalizados como son: CMT y la CNE. Así ha sido reforzado en posteriores trabajos y en específico en VÍRGALA FORURIA, E. (2011, 291-293).

## 5. Regimen Legal de los OR de los servicios en la Red en España.

El origen de los OR se encuentra en las Comisiones Reguladoras Independientes de EE.UU. El triunfo de las políticas de liberalización de mercados y privatización de empresas (políticas neoliberales) tuvo como consecuencia la irradiación por el mundo entero llegando ese modelo a la UE<sup>106</sup>. Además, se tiene que considerar también el fenómeno liberalizador acontecido en Europa, desde el seno de la CEE, en el momento en que se liberaron los mercados de capital y se creó la unidad económica y monetaria<sup>107</sup>.

Como consecuencia de todo ello, en diversos Estados miembros de la CEE se produjo el abandono de la titularidad de los servicios en donde el Estado mantenía un fuerte control, en especial en los servicios de red (telecomunicaciones, energía y transportes). De esta forma, el concepto de servicio público se transformó<sup>108</sup> por la dispersión conceptual e ideológica que tenía y pasó a ser Servicios de Interés General (SIG) por imposición comunitaria<sup>109</sup>.

Esta imposición se plasma a través del artículo 106.2 del TCE, como se ha mencionado líneas arriba, y se lleva al artículo 36 CDF de la UE al establecer que: *“La UE reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como lo disponen las legislaciones y prácticas nacionales de conformidad con el TCE, con el fin de promover la cohesión territorial de la UE”*, permitiendo, por un lado, la entrada de agentes económicos u operadores privados a un mercado de competencia, sometido

---

106 VÍRGALA FORURIA, E. (2006, 147, 148); MARTI SÁNCHEZ, S. (2006, 98 – 105, 133); NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2013,3); ARIÑO ORTIZ, G. (1999,679).

107 SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2002, 244).

108 Existía una equivalencia del término servicio público en varios de los países miembros de UE, por ejemplo en Alemania sería la procura existencial, mientras que en Austria y Holanda (con los *beheer van diensten*), así como el contenido de las connotaciones ideológicas que rodean a este concepto. Ver VÍRGALA FORURIA, E. (2001, 54, nota 36).

109 Se trata de la Directiva 2009/72/CE de 13/7/2009, “Sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE”. Ver: Considerandos (33) (36) (37), así como los artículos 35, 36, 37.

a obligaciones públicas en cuanto al acceso de toda la colectividad; y, por otro lado, satisfaciendo en gran medida las necesidades de esta<sup>110</sup>.

El fenómeno liberalizador también trajo consigo una transformación y un cambio en el modo de gestión de los servicios públicos. La llamada “liberalización” de los servicios públicos de red y su posterior transformación en SIG supuso el resquebrajamiento del esquema tradicional de los servicios públicos<sup>111</sup> en sectores económicos, en los que el Estado español de los ochenta mantenía una posición dominante. Dicho proceso ha consistido en la desaparición de los monopolios públicos y su conversión a una tendencia a la privatización pero con reglas y obligaciones públicas en función de lo que decida cada Estado miembro.

Con la publicación del Libro Verde de Energía en 1987, las autoridades comunitarias iniciaron un camino a la liberalización de los servicios, en especial en las telecomunicaciones. Posteriormente, se expidieron las Directivas que marcaron la pauta del antiguo artículo 86 del TCE y fueron adoptadas por la CEE. En ese sentido fue necesaria la eliminación de los derechos exclusivos<sup>112</sup> unificando criterios de prestación de los servicios de telecomunicaciones en el conjunto de la UE, introduciendo así el concepto de servicio universal.

Durante el proceso de liberalización y privatización de empresas y servicios públicos en España en la década de los noventa y la entrada en vigor del TUE, el Estado siempre está presente incluso en una etapa

---

110 Esta es la Constitución económica que se encuentra en los Tratados constitutivos de la UE. Sobre la Constitución económica europea puede consultarse lo expuesto por MAESTRO BUELGA, G. (2008, 55 y ss) (2006, 139, 140 y ss)

111 Este servicio público entendido como: “una técnica óptima para afrontar necesidades sociales, el cual traspasa los niveles académicos y se convierte en patrimonio de la ciudadanía”. Ver LINDE PANIAGUA, E. (2004, 49); una interesante visión de la aproximación del nuevo servicio público (post-comunitario) se puede apreciar en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2005, 166); Así como en ARIÑO ORTIZ, G. (2011, 723, 745).

112 Me refiero a la Directiva 2002/22/CE, de 7 de mayo de 2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal), DOCE L 108/51, de 24 de abril de 2002.

posterior al propio proceso, evitando así una posible conversión en monopolio privado ya que sin la presencia del Estado y sin reglas los operadores privados quedarían a su libre albedrío y podrían destruirse, dañar la competencia y desproteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, aprovechando la asimetría informativa que pudiese surgir entre todos los agentes que concurren en el mercado, se llegaría a perjudicar a los más débiles que casi siempre son los usuarios y consumidores finales<sup>113</sup>.

En algunos casos el componente político en los OR no está aislado de estos fenómenos, al contrario, se encuentra presente en el desarrollo mundial con la expansión de toda forma de poder y organización, y puede sucumbir a la clase política de turno.

Sucedió así con el nacimiento de las primeras “Agencias ejecutivas” en EE.UU creadas para limitar el poder presidencial. Para ello fue necesario una reforma institucional progresista (Progressive Movement), un movimiento opuesto a las concentraciones empresariales, a las empresas sin escrúpulos y a los políticos corruptos en el que militaban dos futuros presidentes de EE.UU (Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson) y un futuro miembro del T.S (Louis Brandeis)<sup>114</sup>. De forma similar sucedió también en

---

113 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 31, 207). La razón le asiste al mencionado autor toda vez que hoy es posible ver cómo el Estado (con dinero de todos) ha de corregir fallos del mercado ocasionado por el mal manejo de los privados, tal es el caso de las últimas intervenciones en EE.UU, Suiza, Islandia, entre otras economías mundiales. Y es que la razón central de la intervención estatal no sólo es esa, sino que, como señala CARLÓN RUIZ, M, donde falle el mercado para garantizar ciertos niveles de prestación de los servicios cualificados como de: “interés económico general” los poderes públicos deben intervenir para garantizar el acceso a todos los ciudadanos a esos servicios esenciales. Ver CARLÓN RUIZ, M. (2007, 28).

114 “Quienes pugnaban por una regulación pública también los ingenieros y directivos de las empresas en red para evitar la competencia anárquica (guerra de tarifas, incoherencia de normas técnicas, interferencia de todo tipo de autoridades locales, estatales, federales)” STOFFAES (1994, 130), SUNSTEIN, C.R. (1987-1988, 496) citados por VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 42 *nota* 15); RALLO LOMBARTE, A. (2012, 231).

Francia<sup>115</sup> y luego en Italia<sup>116</sup>. España no pudo ser la excepción y más si se tiene en cuenta que se encontraba en plena transición democrática<sup>117</sup>.

Finalmente, la doctrina es unánime en determinar que el fenómeno de liberalización se encontraba ya en el seno de la UE y en el TCE<sup>118</sup> en el que están enmarcados los OR. Lo dispuesto en el TCE obligaba a los países de los Estados miembros a abrir a la competencia sus propios mercados. Ello supuso por una parte, el abandono de la antigua noción de servicios públicos sustituyéndola por SIEG en los que, salvo casos muy excepcionales, debía existir un mercado competitivo. Y por otra parte, significó la obligación de establecer garantías para el ciudadano consumidor, que antes se las proporcionaban los servicios públicos. Mediante el establecimiento de un servicio universal, el Estado miembro tuvo que obligar a los operadores privados a que proporcionasen un servicio mínimo de calidad a precios ajustados a la población. Es decir, igualdad, misma tarifa, sea cual fuere la localización geográfica así como la continuidad ininterrumpida del servicio a un nivel de calidad predeterminado<sup>119</sup>.

---

115 Con la desconfianza hacia el Estado tradicional (deslegitimación de la clase política y sus actores) ver VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 87, 111).

116 En este país se presenta como consecuencia de la partidocracia. Se acentúa la crisis de los partidos políticos, lo que sumado al comienzo de su fase ultra mayoritaria (con la alianza DCI-PCI) sustrae atribuciones al Ejecutivo y ejercita una serie de competencias a través de los Presidentes de las cámaras hacia organismos no parlamentarios como son las autoridades administrativas independientes italianas, lo que hace que se consoliden las AAI como auxiliares del parlamento. En VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 111).

117 Con una nueva Constitución democrática junto a un “Gobierno frágil cuyo parlamento le sustrae poder a este último en una clara búsqueda de consenso (sumar) con el resto de fuerzas políticas de la época y la toma de decisiones con especial significado post legitimidad social”, ver SALVADOR MARTINEZ, M. (2002, 240).

118 Hasta el punto que ha llegado a decirse que la construcción de la Comunidad reposa en los principios neoliberales “Que privilegian los mecanismos de mercados para conducir el conjunto de la Vera económica” (Wachmann y Berrod, 1994, p. 39). Citado por VÍRGALA FORURIA, E. (2001, 46 nota 13).

119 Ver artículo 2 de la Directiva 98/10 sobre Servicio Universal de Telecomunicaciones, así como el artículo 3 de la Directiva 97/67 Servicios Postales. Ver VÍRGALA FORURIA, E. (2001, 62).

## 6. Hacia una nueva formulación de los OR de los servicios en red en España: Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES).

La reciente literatura española, a partir de 2011 en adelante, revela que la crisis económica de 2008 no solo afectó a EE.UU, toda vez que tuvo una resonancia mayor en varios países en Europa, entre ellos España<sup>120</sup>. El Ejecutivo español, encarnado en el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), realizó reformas estructurales en sectores de alta sensibilidad social, sanidad, educación y cultura<sup>121</sup>.

Entre las llamadas reformas estructurales e institucionales estaba la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES) reuniendo un conjunto amplio de reformas que intentaban facilitar que las empresas y los agentes económicos orientaran su actividad hacia sectores con potencial de crecimiento a largo plazo.

---

120 VÍRGALA FORURIA, E. (2012), (2014); NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2012), (2013); MEILÁN GIL, J.L.(2010); GAROUPA, N. (2010); ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUETARA, J.M. (2012); GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRIGUEZ, C. y GARRIDO DE LAS HERAS, S. (2013).

121 Se dice que esta política deviene de una corriente de pensamiento económico que “[...] está calando en las propuestas estratégicas de las grandes organizaciones internacionales (NACIONES UNIDAS: A Global Green New Deal; OCDE: Green Growth Declaration) y en los diseños de las nuevas política públicas en muchos Gobiernos de mundo (AUSTRIA: Growth in transition; REINO UNIDO: Prosperity without Growth, etc.); y más recientemente, la propuesta de la Comisión Europea para “Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” Europa 2020[...]. Ver SANZ LARRUGA, F.J. (2011, 2). Sobre el texto integro de Europa 2020, se puede acceder al enlace electrónico: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:em0028> (última visita: 30/10/2015). Basta ver uno de los sectores afectados a modo de ejemplo, el sanitario en Catalunya por los retrasos en los pagos sanitarios y sociales, por parte de la Generalitat [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/02/25/catalunya/1424895845\\_752714.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/02/25/catalunya/1424895845_752714.html) (última visita 11/2/2015).

Así como el sector editorial, dejaron de funcionar 912 librerías y empezaron otras 226 librerías [http://cultura.elpais.com/cultura/2015/03/04/actualidad/1425453103\\_819705.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2015/03/04/actualidad/1425453103_819705.html) (última visita 11/2/2015).

Las razones para el caso de los OR eran<sup>122</sup>:

- ✓ Aumentar la “independencia” de estos entes.
- ✓ Promover la austeridad y mejorar la “profesionalidad” de su personal reduciendo “duplicidades” y evitando las contradicciones.
- ✓ Favorecer el libre acceso de las redes y las infraestructuras esenciales sin discriminación entre operadores, de modo que se estimule la competitividad de las empresas españolas a través de la flexibilización de los mercados, la reducción de las trabas administrativas y la simplificación regulatoria.

La LES contenía una reformulación de las hasta entonces llamadas doctrinalmente Comisiones Reguladoras independientes, para denominarlas en adelante “OR”, como quedó establecido en el ahora ya derogado artículo 8 de la misma, referido a la naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de los reguladores.

La LES en su momento dedicó el capítulo II (artículos 8 al 26) a los OR, al punto que ha sido recogido en parte por la vigente LCNMC y podría decirse que: “[...]la LES compartía con la Ley [CNMC de 2013] el objetivo de organizar más eficientemente los órganos de gobierno de los OR”<sup>123</sup>.

Para E. Vírgala Foruria y N. Garoupa la reforma establecida en la LES fue positiva de cierto modo al tener la disposición de establecer un marco común a todos los OR que intentaba asegurar su independencia y

---

122 LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2011, 89,90). Para NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2012,1487 y ss), los principales argumentos esgrimidos por el Gobierno a favor de la reforma propuesta son tres: derecho comparado, ahorro económico y mayor independencia del nuevo organismo regulador. El portavoz del Gobierno en materia económica, Fernando Jiménez Latorre, en su momento ha asegurado que la unificación de siete organismos supervisores en una única Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) supondrá un ahorro anual de 35 millones de euros. <http://www.abc.es/multimedia-Vereos/Vereos-de-abc.asp?flash=1950895357001> (última visita: 11/2/2014).

123 GONZALEZ-PÁRAMO, C. y GARRIDO DE LAS HERAS, S. (2013,3).



una rendición de cuentas para garantizar mayor transparencia<sup>124</sup>. No obstante, N. Garoupa discrepa de que esto último no sea del todo posible, en principio porque el Congreso de los Diputados no posee un poder efectivo para exigir una rendición de cuentas, mucho menos para cuestionar los nombramientos que el Gobierno realiza, por ende tampoco tendría capacidad sancionadora para hacerlo<sup>125</sup>.

En mi opinión, la LES se centra en aspectos competenciales y presupuestarios dejando abierta (habilita) la posibilidad para iniciar una serie de reformas a los OR<sup>126</sup>, pero en el fondo impediría su correcto funcionamiento en el mercado donde se desempeñan, pasando a asumir funciones de registro de los operadores, inspección y otras tareas administrativas<sup>127</sup>.

---

124 VÍRGALA FORURIA, E. (2012, 104,105); GAROUPA, N. (2010,18). Este último tiene un fuerte escepticismo al respecto del papel de los OR en la LES, puesto que señala que el control parlamentario es “[...] bien flojo, una excesiva dependencia del Gobierno y ninguna aportación sobre la necesaria reforma de la justicia para que el control judicial sea efectivo”. Argumento que es compartido por MEILAN GIL, J.L (2010, 13), quien expresa que: “[...] la diferencia de los sectores no parece aconsejar una regulación uniforme de la misión de los entes reguladores”. Citado por NAVARRO RODRÍGUEZ, P.

125 GAROUPA, N. (2010,18)

126 Sobre la reforma de los OR, puede consultarse en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2012/refc20120224.aspx#Supervisores>

127 ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUETARA, J.M.(2012, 8 y ss).

## **7. La creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), Ley 3/2013, de junio de 2013.**

Con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, se ha consumado la fusión de los OR en España<sup>128</sup>.

Tal como diría G. Ariño Ortiz, lo cual suscribo en parte, “todo lo que interfiera con la misión y la actuación independiente del regulador, rompiendo el vínculo directo entre el organismo regulador y el sector regulado, atenta a la esencia misma de la regulación. A nuestro juicio, la fusión de reguladores que se proyecta en España [y que se materializará al año siguiente de esta crítica en la CNMC] parte de una visión organizativa y burocrática, que conlleva una de esas peligrosas interferencias”<sup>129</sup>.

En buena cuenta, esta reforma intentó (al parecer) solucionar problemas regulatorios con una medida político-burocrática, pues se dijo que “[...] mezcla hasta confundir un organismo con competencias horizontales como otros de competencias sectoriales (verticales) es tanto como cuadrar un círculo [...]”. Se dice que este “modelo sui géneris” es muy similar al regulador alemán, holandés y estonio<sup>130</sup>.

---

128 Una fuerte crítica hacia la ley de CNMC es establecida por VÍRGALA FORURIA, E, en cuanto a la reducción de la independencia del organismos supervisor, a manera de retroceso de lo que ya se había avanzado con la LES. De cierto modo, deja de ser regulador para pasar a ser Organismo supervisor. Para ver un interesante estudio sobre la Independencia de la CNMC, puede verse en VÍRGALA FORURIA, E. (2014).

129 ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUETARA, J.M. (2012, 8 y ss).

130 GOMEZ ALESSANDRI, J. (2013, 4); PADRÓS REIG, C. (2013,99); TORAL OROPESA, P (2013,10); BROKELMANN, H. (2012,16); GONZÁLEZ CUETO, T. (2013) se refiere a la Bundesnetzagentur (BNetzA) que integra a las autoridades regulatorias de correos y telecomunicaciones, así como a las encargadas de supervisar los sectores de gas, energético y ferroviario. Pero manteniendo a la Autoridad de competencia fuera, de modo independiente, ver:

[http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1432/EN/General/Bundesnetzagentur/Bundesnetzagentur-node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1432/EN/General/Bundesnetzagentur/Bundesnetzagentur-node.html). Mientras que el único regulador sectorial holandés está referido a la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM), ver: <https://www.acm.nl/en/> (última visita: 11/2/15). Y también al regulador estonio, denominado: “Competition Authority” que agrupa una división de competencia, y por separados sub divisiones como Energía, Postal, Comunicaciones: <http://www.konkurentsiamet.ee/index.php?id=14196> (última visita:11/2/2015).

La Ley CNMC está influida por el informe denominado “Modelo organizativo de autoridades nacionales de regulación y competencia en España”<sup>131</sup>, elaborado por la firma auditora Price Waterhouse Coopers (PWC), de febrero de 2012, para la empresa Telefónica. Como era preceptivo, el proyecto inicial fue informado por los entes a reunificar, CNE, CNC y la CMT, convocando una fuerte discusión mediática en los medios de prensa y foros de opinión, con diversos argumentos que abonaron la discusión con opiniones a favor<sup>132</sup> y en contra de la medida unificadora hacia un modelo multisectorial<sup>133</sup>.

---

131 Ver en CARLÓN RUÍZ, M. (2013, 2); PADRÓS REIG, C. (2013,68). Inclusive, en el diario de sesiones del Senado de las Cortes Generales, en la Xma. Legislatura, de 9 de mayo de 2012. En este dos Senadores (Joan Lerma Blasco; Francisco Vallejo Serrano), hacen mención al informe de Price Waterhouse Cooper (PwC), denominado: "Modelo organizativo de autoridades nacionales de regulación y competencia en España"; fue elaborado para su cliente Telefónica de España, de 14 de febrero de 2012. Ver intervención de los Señores Senadores en sus intervenciones, respectivamente p. 1017, p1050. Diario de sesiones completo en: [http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/ds/DS\\_P\\_10\\_17.PDF](http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_10_17.PDF) (última visita: 11/2/15). El mencionado informe encuentra algunos “parecidos razonables” en reguladores integrados a nivel internacional, de forma que la consultora encontró este modelo integrado en Alemania (aunque hay autoridad de competencia por un lado y reguladores sectoriales integrados por otros), Holanda y Nueva Zelanda (en proyecto), aunque tienen matices. Sobre el informe de PwC tomado por el Poder Ejecutivo, también es advertido por RALLO LOMBARTE, A. (2014, 207, nota 24).

Del mismo modo, el reiterado informe cumple formalmente con las Directivas europeas en términos de "independencia frente al Gobierno y otros entes públicos y privados; derecho de recurso ante organismos independientes, que en última instancia tienen carácter jurisdiccional e imparcialidad y transparencia".

Asimismo, formula una propuesta para crear una Comisión de Supervisión de Mercados, con cámaras sectoriales de entre 7 y 9 consejeros.

El informe de Price WaterHouse Cooper también proponía:

- Reducir el número de reguladores,
- Simplificar su estructura y funcionamiento, mediante la consolidación de los organismos existentes y previstos, racionalizando el coste al máximo posible.
- Clarificar y reordenar las competencias de los diferentes organismos mediante un modelo integrado que asegure una aplicación coherente y la reducción de la incertidumbre regulatoria.
- Garantizar su profesionalidad, neutralidad e independencia, minimizando el riesgo de captura del regulador e introduciendo mecanismos de nombramiento de sus miembros con aprobación del parlamento".

132 GONZÁLEZ-PÁRAMO, C. (2013); GARRIDO DE LAS HERAS, S. (2013,10-12). Para BROKLEMANN, H. (2012), “la integración de los entes reguladores en un mismo organismo multisectorial constituye sin duda un loable ejercicio de racionalización [...]”, en tiempos de crisis.

133 Sobre todo la prensa económica española Ver: <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2009/10/06/organismos-reguladores-independientes.html> (última visita: 11/2/2015) ; <http://hayderecho.com/2012/02/22/la-ordenacion-de-los-organismos-reguladores/> (última visita: 11/2/2015);

Se dijo que la reforma refundidora de la Ley CNMC le da vida a un único regulador sectorial en mercados de los servicios de red, como las telecomunicaciones, energía, postal, ferroviario y audiovisual; pero también vela por la competencia en todos los mercados, implicando la extinción de CNC, CMT, CNE<sup>134</sup>.

Y bajo los argumentos de “alcanzar una supervisión más eficaz, bajo un prisma más coherente e integrado, con autoridades de supervisión ex –ante y ex –post menos estancas, permitiendo combinar el conocimiento y los instrumentos para mejorar la supervisión. Pero, por otra parte, se pretende evitar un marco institucional demasiado complejo. En este sentido, se busca una simplificación orgánica que redunde en la eliminación de posibles duplicidades y, con ello, de quiebras en la seguridad jurídica institucional”, tal como versan sus disposiciones generales.

---

[http://economia.elpais.com/economia/2012/02/24/actualidad/1330091056\\_789246.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/02/24/actualidad/1330091056_789246.html) (última visita: 11/2/2015); <http://nadaesgratis.es/admin/la-reforma-de-los-organismos-de-regulación-i-los-limites-a-la-integración> (última visita: 11/2/2015). Asimismo se ha dejado entrever, a modo de especulación, que la creación de la CNMC obedece a un intento de desaparecer a la CNC, por las millonarias multas interpuestas por la CNC a algunos operadores económicos como son: Movistar (44,49 millones) y Orange (29,95 millones), Vodafone (43,52 millones) por abuso de posición de dominio al aplicar precios excesivos en el servicio mayorista que prestan a los operadores móviles virtuales (OMV), los que no disponen de red propia, por el envío y recepción de mensajes de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) en el ámbito nacional. Ver: [http://economia.elpais.com/economia/2012/12/20/actualidad/1356006939\\_525857.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/12/20/actualidad/1356006939_525857.html) (última visita: 11/2/2014). Entre las opiniones en contra, tenemos a ARIÑO ORTIZ, G; quien señaló en su momento a la CNMC como un engendro que genera confusión. También comparto lo expresado por MARIN QUEMADA J.A. (2014, 11), en el sentido que podría correr el riesgo de pérdida de conocimiento específico del sector al reducir los recursos disponibles por la agencia multisectorial, y la ausencia de diversificación del riesgo en caso de fallo institucional. Otra de las opiniones en contra es la de DE LA CUADRA SALCEDO, T (2012), al señalar que: “[...] se pretende fusionar en un único organismo el control de actividades económicas muy diferentes entre sí y con problemáticas muy peculiares, cada una de ellas en función de los sectores de la realidad económica de que se trata y en función de los objetivos que, en cada uno de ellos, se trata de garantizar [...]”. Crítica completa en el siguiente link: [http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051\\_273410.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html) (última visita: 11/2/2014)

134 En fiel concordancia con lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional segunda. También fue advertido por ALLENDESALAZAR CORCHO, R. (2013,5); en ese sentido también RALLO LOMBARTE, A. (2014, 194).

La Ley 3/2013, de 4 de junio, unifica y engloba a los “organismos supervisores independientes”, en especial a los servicios de red [Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF)], junto a los sectores aeroportuario, y medios audiovisuales en un solo “superregulador”, como organismo público con actividades de supervisión: la CNMC.

La finalidad de esta ley se dice expresamente que descansa en “dar adecuada respuesta a las funciones de supervisión regulatoria sectorial y de defensa de la competencia hasta ahora encomendada a siete organismos preexistentes”.

Con fecha 30 de agosto de 2013, se expide el Estatuto Orgánico de la CNMC, mediante Real Decreto 657/2013, que en resumidas cuentas determina la distribución de competencia y régimen de organización y funciones del organismo supervisor en plena armonía con la Ley 3/2013 de creación de la CNMC y por el resto de la normatividad que le resulte aplicable y no se contraponga a ella<sup>135</sup>.

---

135 Del mismo modo le será aplicable la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; en la normatividad de los mercados y sectores sometidos a su supervisión; la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional undécima; Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y por toda la legislación que no se contraponga a ella. Mientras que el Estatuto Orgánico de la CNMC; Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector Hidrocarburos; la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Universal y del Mercado Postal; Ley 7/2010, de marzo, General de Comunicación Audiovisual, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Del mismo modo se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Supletoriamente, se regirá por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común para las Administraciones Públicas, Ley 40/2015, de 1 de octubre, Régimen Jurídico del Sector Público, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por las demás normas que resulten aplicable.

En resumen, este nuevo “superregulador” con funciones claramente de supervisión tiene competencia en los servicios de red (Telecomunicaciones y Energía), pero también en otros sectores al unificar a la Comisión Nacional de Competencia (CNC), la Comisión Nacional de Sector Postal (CNSP), la Comisión de Regulación Ferroviaria (CRF), la Comisión Nacional del Juego (CNJ), la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) y al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA)<sup>136</sup>. Su refundición despertó cierta preocupación por parte de la Comisión Europea<sup>137</sup>, debido al cese anticipado del mandato de los Directores, el debilitamiento de la independencia de la Autoridad Nacional de Reglamentación y transferencia de competencias estratégicas de la ANR al Poder Ejecutivo<sup>138</sup>.

Para finalizar, mediante Orden ECC/ 1796/2013, de 4 de octubre, se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC, para el 7 de octubre de 2013. Así quedó establecido en su artículo único.

---

136 GOMEZ ALESSANDRI, J. (2013, 1,2).

137 La ex Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de la Agenda Digital Neelie Kroes-Smit, con fecha 11 de febrero de 2013, hizo saber al Ministro José Manuel Soria López, Ministro de Industria, Energía y Turismo, mediante carta que el proyecto de fusión podía causar, tal y como estaba redactado, una pérdida importante de independencia en las funciones de regulación y control de los mercados entre otros. <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/02/24/bc2701232a3bdf5a7d199cb40af021e0.pdf> (última visita: 13/2/2014). PADRÓS REIG, C. (2013,68); ALLENDESALAZAR CORCHO, R. (2013, 9).

138 Como así lo ha mencionado TORAL OROPESA, P. (2013): “La Ley de creación de la CNMC implica también el traspaso al Ministerio de Industria, Energía y Turismo de competencias tan estratégicas como pueda ser la célebre Función 14, destinada a la resolución de las operaciones de concentración empresarial”. Situación advertida por RALLO LOMBARTE, A. (2014); incluso la prensa económica, ha graficado tal situación. Ver: [http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060\\_183503.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060_183503.html); [http://economia.elpais.com/economia/2013/12/24/actualidad/1387888808\\_975363.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/12/24/actualidad/1387888808_975363.html) .

## **7.1. Naturaleza jurídica de la CNMC.**

### **7.1.1. Desde el punto de vista de su Ley de creación.**

Es una persona jurídica de derecho propio, con capacidad pública y privada insertada en la Administración Pública, que actúa en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, dotada de autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, del resto de las Administraciones públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial (artículo 2 apartado 1 de la LCNMC).

### **7.1.2. Desde el punto de vista de su Estatuto Orgánico (EO-CNMC)<sup>139</sup>.**

La CNMC tiene la naturaleza jurídica, de un organismo público, enmarcada dentro de los alcances del apartado 1 de la disposición adicional décima de la LOFAGE<sup>140</sup>, es decir, cuenta con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado y Economía y de Apoyo a la Empresa, sin perjuicio de su relación con los Ministerios competentes<sup>141</sup> por razón de la materia en el ejercicio de las

---

139 Ver artículo 1 apartado 1 del EO-CNMC.

140 La LOFAGE, hace mención, al régimen jurídico de determinados organismos públicos. Apartado 1, de la disposición adicional decima: "La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de seguridad nuclear, el Ente público de RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de protección de datos, el Consorcio de la zona especial canaria, la Comisión del sistema eléctrico nacional y la Comisión del mercado de las telecomunicaciones se regirán por su ley específica y supletoria por esta ley.

El Gobierno y la administración general del Estado ejercerán respecto de tales organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía".

141 Los Ministerios competentes son: Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, Ministerio de Fomento, Ministerio de la Presidencia.

funciones a que se refieren los artículos 5 al 12 de la Ley 3/2013<sup>142</sup>.

## **7.2. Estatuto jurídico de la CNMC.**

### **7.2.1. Composición, nombramiento y funciones de sus órganos.**

La Comisión estará compuesta por un Consejo y cuatro Direcciones de Instrucción.

#### **7.2.1.1. Órganos de Gobierno:** (artículo 6 apartado 1 del EO-CNMC y artículo 2 apartado 1 del RFI-CNMC).

Conformado por el Consejo y el Pleno a través de los cuales la CNMC ejerce sus funciones contenidas en el artículo 13 de la Ley 3/2013. Del mismo modo lo será el Presidente – que lo es también del Consejo. Este Consejo puede actuar en pleno y/o en Sala (apartado 2 artículo 7 del EO-CNMC).

#### **7.2.1.2. Órgano de Dirección:**

Compuesta por cuatro Direcciones de Instrucción, establecidas en el artículo 25.1 de la Ley 3/2013. Dirección de Competencia, Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Dirección de Energía, Dirección de Transporte y del Sector Postal.

#### **7.2.1.3. Del Consejo:**

El Consejo es un colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la

---

142 Artículo 5. Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. Artículo 6. Supervisión y control del Mercado de las comunicaciones eléctricas. Artículo 7. Supervisión y control del sector eléctrico y en sector del gas natural. Artículo 8. Supervisión y control del mercado postal. Artículo 9. Supervisión y control en materia del mercado de comunicación audiovisual. Artículo 10. Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias. Artículo 11. Supervisión y control en el sector ferroviario. Artículo 12. Resolución de conflictos.



competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos atribuidas a la CNMC, de conformidad al artículo 14 de la ley de la CNMC (LCNMC) conforme con el artículo 8 del EO-CNMC.

La distribución de la organización de la CNMC es de 10 miembros en total: un Presidente, un Vicepresidente y ocho Consejeros, nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados; para el caso concreto de la CNMC, fue el 5 de setiembre de 2013<sup>143</sup>. Mientras que los Reales Decretos de sus nombramientos aparecieron publicados, el 10 de setiembre del mismo año<sup>144</sup>.

El objetivo de comparecer ante la Cámara de Diputados, siguiendo a C. Pauner Chulvi, “es objetivar las

---

143 En este se observa lo accidentado que fue la sesión y en particular la propuesta de veto por parte del, Diputado Álvaro Anchuelo Crego (Grupo de UPyD), a tres de sus integrantes vinculados al Ejecutivo (Ministerio de Economía y Oficina Económica de la Moncloa), veto que no prosperó por no tener la mayoría calificada. Para acceder a la comparecencia ante el Congreso de los Diputados: [http://www.Congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF#page=2](http://www.Congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF#page=2) (última visita: 14/3/2014).

144 Real Decreto 673/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don José María Marín Quemada; Real Decreto 674/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Vicepresidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña María Fernández Pérez; Real Decreto 675/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Eduardo García Matilla; Real Decreto 676/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Josep María Guinart Solá; Real Decreto 677/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña Clotilde de la Higuera González; Real Decreto 678/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña María Ortiz Aguilar; Real Decreto 679/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Diego Rodríguez Rodríguez; Real Decreto 680/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Fernando Torremocha y García-Sáenz; Real Decreto 681/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Benigno Valdés Díaz; Real Decreto 682/2013, de 9 de setiembre, por el que se nombra Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña Idoia Zenarruzabeitia Beldarraín.

condiciones que concurren en cada cual y poder así hacer la elección con conocimiento fundado de las circunstancias que reúne cada persona y aproximar la elección al máximo acierto”<sup>145</sup>. Los acuerdos son tomados por mayoría absoluta.

También existe un mecanismo de tacha (veto): los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente y el Vicepresidente, por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, pueden ser vetados por la Comisión del Congreso en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

#### **7.2.2. Duración en el cargo y cese de sus miembros.**

El artículo 15.1 de LCNMC señala que el mandato de los miembros del Consejo será de seis años, sin posibilidad de reelección. Mientras que el mandato del Presidente será de tres años, sin posibilidad de reelección.

Del mismo modo, el artículo 15.2 de la norma en mención señala que la renovación de los miembros del Consejo se hará parcialmente cada dos años, de modo que ningún miembro del mismo permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años.

Finalmente el cese de funciones de los miembros del Consejo será por las siguientes razones (artículo 23.1):

- a) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- b) Por expiración del término de su mandato.
- c) Por incompatibilidad sobrevenida.
- d) Por haber sido condenado por delito doloso.

---

<sup>145</sup> Una visión que perseguiría una neutralidad política. Al respecto sobre Procedimiento de designación parlamentaria se puede consultar en SANTOALLA LOPEZ, F. (2010) PAUNER CHULVI, C. (2010).

e) Por incapacidad permanente.

f) Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

Esta separación, si bien será acordada por el Gobierno, es independiente al régimen sancionador que en su caso pueda corresponder, previa instrucción del expediente ante el titular del Ministerio de Economía y Competitividad, dentro de un proceso sancionador garantista.

### **7.2.3. Funcionamiento.**

El Consejo actuará en pleno y en Salas (artículo 16.1), una dedicada a conocer temas de la competencia, denominada Sala de la Competencia, y la otra Sala dedicada a temas de supervisión regulatoria (artículo 18.1).

El pleno del Consejo:

- Asume las labores de gestión administrativa.
- Resuelve la divergencia de criterio entre la Sala de competencia y la Sala de Supervisión Regulatoria.
- Resuelve asuntos que, por su especial importancia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidas a supervisión, recabe para sí el pleno.

De acuerdo al artículo 3 del reglamento de funcionamiento interno de la CNMC (RFI-CNMC), de 4 de octubre de 2013, las sesiones del Consejo, en pleno o en Salas, no serán públicas. La asistencia de los miembros del Consejo a las reuniones del Consejo es obligatoria,

salvo casos debidamente justificados (apartado 2 del artículo 3 del RFI-CNMC).

De manera excepcional, cuando se considere procedente (con objeto de conocer los trabajos o por sus conocimientos técnicos), a las reuniones del Consejo y con carácter de reservado, podrá asistir personal no directivo, quienes están obligados a cumplir con el deber de confidencialidad de lo tratado en su participación así como el deber del secreto de acuerdo a los alcances del artículo 38 del RFI-CNMC.

Según el apartado 2 del artículo 9 del RFI-CNMC, las deliberaciones del Consejo tienen el carácter de reservado debiendo guardar secreto de las mismas quienes, por razón de sus funciones, tuvieren conocimiento de ellas<sup>146</sup>.

El pleno del Consejo aprobará por mayoría de seis votos el régimen de rotación entre Salas de los Consejeros, estableciendo el número de los Consejeros sometidos a rotación y a la periodicidad de esta, de conformidad con lo establecido en el EO-CNMC<sup>147</sup>.

Mientras que en el caso de las Salas, están distribuidas de la siguiente manera:

- **Sala de La Competencia**, presidida por el Presidente de la CNMC y cuatro Consejeros. Sus funciones son las resolutorias en aplicación de la normatividad de competencia.
- **Sala de Supervisión Regulatoria**, presidida por el Vicepresidente de la CNMC y cuatro Consejeros. Sus

---

146 Esto es en razón del artículo 38 del RFI-CNMC, en lo referido al deber de secreto y alcanza al Presidente, Vicepresidente, Consejeros, personal directivo y al resto del personal de la CNMC; incluso, después del cese de sus funciones, de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hubiera conocido en el ejercicio de aquellas. La infracción del deber del secreto se sancionará conforme a la normativa vigente.

147 Ver inciso 3 del artículo 5, del Reglamento de Funcionamiento Interno RFI-CNMC. En el mes de diciembre de cada año se publicarán en el BOE la composición entre las Salas para el año siguiente. Si, como consecuencia del sistema de rotación o ceses, se produjeran cambios en la composición de las Salas, estos se publicarán de forma inmediata en el BOE.

funciones son las resolutorias en aplicación de cada sector fusionado por la CNMC.

Para el funcionamiento de las Salas, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6 del RFI-CNMC, conforme con el artículo 18 de la LCNMC, se requerirá la presencia del Presidente o, en su caso de quien lo sustituya, del Secretario y de al menos dos Consejeros que lo conforman.

De acuerdo al artículo 5 apartado 2 del RFI-CNMC, el Consejo en pleno aprobará, por mayoría de seis votos, el régimen de rotación entre Salas de los Consejeros, estableciendo el número de Consejeros sometidos a rotación y la periodicidad de esta, de conformidad con lo establecido en el Estatuto Orgánico.

En el mes de diciembre de cada año se publicará en el Boletín Oficial del Estado la composición de las Salas para el año siguiente. Si, como consecuencia del sistema de rotación o ceses se produjeran cambios en la composición de las Salas, estos se publicarán de forma inmediata en el “Boletín Oficial del Estado”. (apartado 3 del artículo 5 del RFI-CNMC).

La composición de las Salas estará permanentemente actualizada en la página Web del organismo.

Las Salas se reunirán con carácter ordinario cuantas veces sea necesario, sin limitación en su número, para atender sus funciones. En el supuesto en que alguna de las Salas deba conocer un determinado asunto que no pueda ser demorado a la siguiente sesión ordinaria, el Presidente de la Sala a iniciativa propia o a petición de tres Consejeros podrá convocar sesiones extraordinarias.

De conformidad con el apartado 1 del artículo 8 del RFI-CNMC, corresponde al Presidente fijar el orden del día que deberá incluirse en la convocatoria, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con una antelación suficiente.

Por otro lado no podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del Consejo y sea acordada la inclusión del asunto por el voto favorable de la mayoría (apartado 2 del artículo 8 del RFI-CNMC).

### **7.3. Procedimiento para la toma de decisiones.**

Tanto para el Consejo y las Salas, las votaciones se tomarán por mayoría de votos y, en caso de empate, decidirá el voto del Presidente. El voto es personal e indelegable. Cualquier Consejero podrá pedir que diferentes propuestas sobre un mismo asunto se voten por separado.

Para ello se establece un sistema de deliberaciones en mérito a lo establecido en el RFI-CNMC, artículo 9:

1. Bajo la dirección y ordenación del Presidente se examinarán y deliberará sobre los asuntos que figuren en el orden del día.

El Presidente podrá acordar la suspensión de los debates haciendo constar las causas que la fundamentan y las previsiones de reanudación de la sesión con garantía plena a los asistentes para poder reincorporarse a la misma.

2. Las deliberaciones del Consejo tienen carácter reservado, debiendo guardar secreto de las mismas quienes, por razón de sus funciones, tuvieren conocimiento de ellas.

**La votación se efectuará** (artículo 10 RFI-CNMC):

- A mano alzada.
- Nominalmente, a cuyo fin el secretario irá requiriendo a los miembros del Consejo para que expresen su voto.
- Abstenciones, de acuerdo a lo establecido en los artículos 24.1 y 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común<sup>148</sup>, en cuanto a los asuntos que en dicho órgano se traten.

#### **7.4. Estructura orgánica.**

De conformidad con el artículo 25 de la LCNMC. Estos órganos se materializan en las Direcciones de Instrucción de la CNMC (conforme con el artículo 17 EO-CNMC):

**7.4.1. Dirección de competencia**, la que llevará a cabo las labores de instrucción de los expedientes de competencia de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, de 3 de julio. Y, dentro de esta, existen cinco Subdirecciones (conforme con el artículo 16 del RFI-CNMC):

- Subdirección de Industria y Energía.
- Subdirección de Sociedad de la Información.
- Subdirección de Servicios.
- Subdirección de Cárteles y Clemencia.
- Subdirección de Vigilancia.

**7.4.2. Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual**, que llevará a cabo la instrucción de expedientes que correspondían a la CMT. También tiene las siguientes Subdirecciones (artículo 17 del RFI-CNMC):

- Subdirección de Regulación de Comunicaciones Electrónicas.
- Subdirección de Análisis de Mercados de Comunicaciones Electrónicas.
- Subdirección de Audiovisual.

---

148 Esta norma se encuentra en cierres a quedar sin efecto el 2 de octubre de 2016, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigencia el 2 de octubre de 2016.

**7.4.3. Dirección de Energía**, llevará a cabo las funciones de instrucción de los expedientes que correspondían a la CNE. Y posee cuatro Subdirecciones (artículo 18 del RFI-CNMC):

- Subdirección de Energía Eléctrica.
- Subdirección de Gas Natural.
- Subdirección de Regulación Económica-Financiera y Precios Regulados.
- Subdirección de Mercados Derivados de la Energía.

**7.4.4. Dirección de Transportes y del Sector Postal**, es quien llevará a cabo las labores de instrucción de los expedientes que correspondían legalmente a la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), al Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), a la Comisión Nacional del Juego (CNJ) y a la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA). Tiene a su cargo cuatro Subdirecciones (artículo 19 del RFI-CNMC):

- Subdirección de Tarifas Aeroportuarias.
- Subdirección del Sector Ferroviario.
- Subdirección del Sector Postal.
- Subdirección de Análisis del Mercado.

## **7.5. Sobre el personal al servicio de la CNMC.**

Los Directores son nombrados por el Consejo de la CNMC por su destacada experiencia técnica y profesional acreditada en el sector donde pretenden colaborar. Su nombramiento, como mencioné, se hace mediante Real Decreto. La renovación de los mismos se hará parcialmente cada dos años, de modo que ningún miembro permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años.



Finalmente, existe un número de servidores al servicio de la CNMC, clasificados de la siguiente manera (apartado 1 del artículo 32 del EO-CNMC)<sup>149</sup>:

**7.5.1. Personal directivo**, conformado en los términos previstos en el artículo 36 del EOCNMC, previa oposición con el cumplimiento fiel a los requisitos y puestos a desempeñar. En esta clase se encuentran y bajo relación contractual<sup>150</sup>:

- Los Directores de Instrucción;
- El Secretario del Consejo;
- El Titular del Departamento de Promoción y Competencia y los Subdirectores que de este dependan;
- El Jefe de Asesoría Jurídica;

---

149 Artículo 32 del RFI-CNMC, señala: “el personal que preste sus servicios en la Comisión pertenecerá a uno de los dos grupos siguientes:

- a) Personal directivo, comprendiendo al personal con dicha consideración, en los términos previstos por el artículo 36 del Estatuto Orgánico.
- b) Resto de personal, que comprenderá las categorías incluidas en el Capítulo III del Estatuto Orgánico”.

150 Artículo 33 del RFI-CNMC, señala:

“1 La selección del personal directivo se ajustará a lo dispuesto en la Ley 3/2013.

2. Corresponde al personal directivo:

- a) la dirección, organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones que, en virtud del reparto de competencias establecido en la Ley 3/2013, de 4 de junio, y del Estatuto Orgánico, emanen del Consejo y del Presidente de la Comisión.
- b) Organizar y dirigir el trabajo de las oficinas y unidades que estén encuadradas en su área de responsabilidad.
- c) Trasladar los proyectos de acuerdos relativos a los asuntos de su área de responsabilidad cuya deliberación y resolución corresponda al Consejo.
- d) Atender las obligaciones de su cargo con la mayor eficacia, procurando la máxima coordinación de los servicios que tenga adscritos, entre ellos y con el resto de los servicios de la Comisión.
- e) Colaborar con los miembros del Consejo para el mejor desempeño de sus funciones.
- f) Cualesquiera otros que se deriven del ejercicio de su cargo y de las funciones que tengan encomendadas.

3. La selección del personal directivo, distinto del Secretario del Consejo y de los Directores de Instrucción, se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 5/2015, de 30 de octubre, texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley. Serán nombrados y cesados por el Pleno del Consejo a propuesta de su Presidente”.

- El Vicesecretario del Consejo;
- El Secretario General y los Subdirectores que de él dependan;
- El Responsable de Control Interno;
- Los Subdirectores de las Direcciones de Instrucción.

### **7.5.2. Personal laboral (no directivo).**

Conformado por el resto del personal, que comprenderá las demás categorías e incluso el personal eventual (categorías incluidas en el capítulo III del EO-CNMC): “La provisión de puestos de trabajo del personal funcionario se llevará a cabo de conformidad con los procedimientos de provisión establecidos en la normativa sobre función pública aplicable al funcionario de la Administración General del Estado, teniendo que ser publicadas las correspondientes convocatorias en el Boletín Oficial del Estado” (artículo 34.1 del RFI-CNMC).

Mientras que en el apartado 2 establece que “las convocatorias para la selección del personal laboral serán publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”.

Finalmente el apartado 3 señala: “los sistemas selectivos del personal de la Comisión serán los de oposición o concurso-oposición”.

La regulación de este tipo de personal no directivo se encuentra vigente en el reciente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y en la regulación de sus leyes de creación<sup>151</sup>.

---

151 Ver Disposiciones adicional cuarta y transitoria séptima de la Ley 5/2015.

### **7.5.3. Personal eventual.**

De acuerdo a lo establecido en el apartado 1 del artículo 35 del EO-CNMC, el Presidente de la CNMC podrá nombrar hasta un máximo de dos asesores para la realización de funciones de confianza y asesoramiento especial, no reservadas a funcionarios de carrera, con cargo a los créditos presupuestarios consignados para tal fin. El Vicepresidente también podrá nombrar un asesor.

Cabe destacar que tanto el nombramiento como el cese de esta categoría de personal eventual son libres entre quienes tengan acreditada experiencia y capacitación profesional y su cese está condicionado al cese del Presidente y Vicepresidente que lo nombró (apartado 2 del artículo 35 del EO-CNMC).

El régimen de contratación está dentro de los alcances del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público. Así ha quedado establecido en el artículo 41 del EO-CNMC, siendo el Presidente, en su condición de órgano de contratación, quien estará asistido por la mesa de contratación<sup>152</sup> para valorar ofertas.

### **7.5.4. Régimen de contratación de personal.**

Como hemos mencionado, el régimen de contratación del personal que presta servicios a la CNMC estará compuesto por funcionarios o personal laboral, de acuerdo al apartado 1 del artículo 47 de la LOFAGE.

---

152 Esta mesa de contratación fue designada mediante Resolución de 26 de diciembre de 2013, de la Presidencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se crea la Mesa de Contratación permanente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Para tales efectos, la contratación del funcionario se regirá por la legislación de la función pública; para tal situación, el Presidente de la Comisión convocará y resolverá la convocatoria de puestos de trabajo publicitados en el BOE<sup>153</sup>. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26.3 y 31.5 de la Ley 3/2003, de 4 de junio, la cobertura de puestos de personal directivo laboral se hará mediante contratos de alta dirección, y para el personal laboral, por el Texto refundido del Estatuto de trabajadores y por el Estatuto básico del empleado público<sup>154</sup>; y para el personal eventual, dentro de los alcances del artículo 32, letra c) apartado 1 del EO-CNMC.

#### **7.5.5. Régimen de prohibiciones e incompatibilidades del personal al servicio de la CNMC.**

Los miembros del Consejo de la CNMC poseen un régimen tasado de incompatibilidades, son de dedicación exclusiva al ejercicio del cargo, y su consideración es de altos cargos de la Administración General del Estado. Así ha quedado plasmado en el apartado 1 del artículo 22 de la LCNMC.

Asimismo, los miembros del Consejo tienen la prohibición expresa de asumir individualmente funciones ejecutivas o de dirección de áreas concretas de la CNMC que correspondan al personal directivo de la Comisión (apartado 2).

Además, los integrantes del Consejo estarán sometidos al régimen de incompatibilidad de actividades establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado en la Ley

---

153 Esto es posible debido a que el artículo 38 del EO-CNMC lo habilita para ello. Nótese que guarda una similitud con el apartado 2 del artículo 47 de la LOFAGE, al señalar que el titular del máximo órgano de dirección del Organismo autónomo tendrá atribuidas, en materia de gestión de recursos humanos, las facultades que le asigne la legislación específica.

154 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Finalmente, los miembros del Consejo, el Presidente, el Vicepresidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada relacionada con los sectores regulados y la actividad de la CNMC, durante dos años posteriores a su cese (apartado 4).

En virtud de esta limitación, al cesar en el cargo por renuncia, expiración del término de su mandato o incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; el Presidente, el Vicepresidente y los Consejeros de esta Comisión tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente a aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado su cargo, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado.

No habrá lugar a la percepción de dicha compensación en caso de desempeño de forma remunerada, de cualquier puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado en los términos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

#### **7.6. La independencia de la CNMC.**

La independencia es considerada un atributo que posee todo órgano regulador en la supervisión y regulación de un mercado liberalizado, de tal modo que no admite la interferencia de parte del Ejecutivo en la

toma de sus decisiones. Sin embargo este concepto también engloba una característica imprescindible de neutralidad teórica e ideal para apartar y diferenciar a los OR de otros organismos gubernamentales.

Si bien es cierto, se trataría al parecer de una independencia relativa y no absoluta, esta se traduce en un atributo tecnocrático y científico, lo que no excluye el control y la responsabilidad de la que suelen tener dentro del mercado en que operan.

Esta independencia se desenvolverá dentro de condiciones de imparcialidad de índole legal, financiera, organizativa y del establecimiento de políticas, y se materializa en sus dos vertientes<sup>155</sup>:

#### **7.6.1. Independencia orgánica.**

Viene a ser la imposibilidad legal del Gobierno de turno, de disponer de la composición del órgano, evitando así una posible captura del regulador<sup>156</sup> o un sistema de botín, así como de los

---

155 VÍRGALA FORURIA, E. (2011, 66-67), (2014, 176-193).

156 Está referido a que los operadores privados suelen “capturar al regulador”, ya que los políticos de turno suelen colocar en cargos directivos a personas afines al operador y/o al Gobierno o de militancia afín al presidente del Gobierno. Este sistema también es conocido como “sistema botín”.

Otro sistema importado del sistema estadounidense, es el “*revolving-door*” que es el que con frecuencia los técnicos que trabajan en empresas sujetas a regulación, por su conocimiento especializado y experto se incorporan a los puestos técnicos de estas Administraciones; y también se da el movimiento de salida, cuando técnicos del Organismo Regulador dejan su puesto y pasan a prestar servicios en grandes corporaciones sujetas a regulación.

Un ejemplo muy sonado en el Perú fue el caso del primer Defensor del pueblo Jorge Santisteban De Noriega (1996-2000) quien se enfrascó en sendos debates por la defensa de los derechos del consumidor contra la empresa española Telefónica del Perú (TdP) para, luego de culminar su cargo público, pasarse a las filas de la ibérica empresa de telecomunicaciones en su calidad de director hacia fines de 2011. También podríamos mencionar a modo de ejemplo al Sr. director (OSINERGMIN) Carlos Barreda Tamayo, quien se desempeñó como Gerente de Gestión Regulatoria de Tdp S.A, a continuación su hoja de vida en el siguiente link; [http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/pages/Publico/1368\\_3.htm?198](http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/pages/Publico/1368_3.htm?198). La misma suerte sigue para el Señor director Jesús Villanueva Napurí, (OSIPTEL), quien en su hoja Vera declara haber trabajado en la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y luego en **Tdp S.A** ver el

administrados que actúan en el mercado liberalizado con intereses muy marcados.

En mi opinión, la garantía de independencia orgánica está presente no solo en la ley de creación del regulador, sino en su Estatuto Orgánico, su Reglamento de funcionamiento interno y demás normativas administrativas desarrolladas al interno.

También se garantiza de cierto modo la independencia con la alternancia en el cargo de los Consejeros, el tiempo de duración del nombramiento (más largo que el periodo del Gobierno), la imposibilidad de reelección, el mecanismo tasado en el sistema de votación en las sesiones, el número de Subdirecciones que existe en cada una de las Direcciones de Instrucción y el deber de guardar secreto sobre los asuntos tratados en las sesiones.

Por último el nombramiento está a cargo del Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Competencia, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

Se ha justificado este tipo de procedimiento, que tiene como objetivo sustraer de una excesiva influencia gubernamental (neutralidad) sobre los integrantes del órgano decisor de modo que no sea monopolizado por los grupos de poder económico o cuando

---

enlace a continuación: [http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/jer/org-consejodirectivo/files/CV\\_JesusVillanuevaNapuri-set13.pdf](http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/jer/org-consejodirectivo/files/CV_JesusVillanuevaNapuri-set13.pdf) (última visita: 1/9/2014).

menos alejarlos lo más posible de estos<sup>157</sup>, pero también tener un poder reactivo frente a los nombramientos gubernamentales. Al respecto debo decir que el tamiz parlamentario que se le da al nombramiento de los miembros del órgano decisor es en búsqueda de un consenso entre las fuerzas políticas del país y en aras de la gobernabilidad que todo Estado democrático debe alcanzar, pero que, en realidad, encubre un reparto político entre los partidos con representación parlamentaria<sup>158</sup>.

Finalmente, la ley de creación de la CNMC ha plasmado un mecanismo de cese por parte del Gobierno, mediante causas tasadas y comprobadas a través de un procedimiento sancionador. En este sentido, encontramos dos posiciones doctrinales bien marcadas: la primera a favor de este mecanismo, pues confía en el procedimiento garantista en casos concretos, previa instrucción del expediente<sup>159</sup>; la segunda en contra por el reducido margen discrecional de un posible cese arbitrario<sup>160</sup> en sacar del medio a Consejeros incómodos a los intereses de los operadores del

---

157 SANTOALLA LÓPEZ, F. (2010,14). También debe quedar claro que el objetivo general es dotar de credibilidad a la regulación, de tal suerte que el regulador esté en manos creíbles, confiables, previsibles y seguros ante los ojos de los operadores del mercado. Ver BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2010, 317); SALVADOR MARTINEZ, M. (2015, 86 y ss).

158 Es necesario precisar que en la elección de 2013 existió una negociación o sistema de cuotas a repartirse de los actores políticos del Ejecutivo (PP) y las fuerzas de oposición (PSOE, PNV, CiU), tal como lo ha resaltado la prensa económica. De este modo se deduce que el PP tenga seis representantes con una afinidad ideológica muy cercana, dos integrantes pertenecen a la cuota del PSOE, uno a CiU y otro al PNV. Así se evidencia el pacto entre todos los actores políticos. Ver diario El Confidencial [http://www.elconfidencial.com/empresas/2013-09-05/alvaro-nadal-doblega-a-luis-de-guindos-y-se-hace-con-el-control-de-la-cnmc\\_24789/](http://www.elconfidencial.com/empresas/2013-09-05/alvaro-nadal-doblega-a-luis-de-guindos-y-se-hace-con-el-control-de-la-cnmc_24789/) (última visita 16/2/2014) ; diario Europa Press <http://www.europapress.es/economia/noticia-Congreso-aprueba-nombramiento-diez-consejeros-cnmc-20130905151321.html> (última visita: 16/2/2014). El diario [http://www.eldiario.es/economia/derecha-regulador-vigilar-competencia-empresas\\_0\\_172183292.html](http://www.eldiario.es/economia/derecha-regulador-vigilar-competencia-empresas_0_172183292.html) (última visita: 16/2/2014).

159 VÍRGALA FORURIA, E. (2014).

160 NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2013,48 y ss). También se ha deslizado la hipótesis de que la utilización de la reforma desviada con la creación de la CNMC es para cesar a los Consejeros que fueron nombrados en la época anterior al Gobierno entrante y así tener Consejeros más cercanos ideológicamente al Gobierno de turno. Ver a PADRÓS REIG, C. (2013,69).



mercado. De todas formas, considero que es un avance inicial que podría ir fortaleciéndose con el paso del tiempo<sup>161</sup>.

### **7.6.2. Independencia funcional.**

Esta atribución presenta características muy marcadas, como la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control por parte del Gobierno sobre el superregulador; en este sentido, como bien lo señala E. Vírgala Foruria, opera la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento y con ello la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el recurso administrativo.

La independencia funcional es aquella por la cual se sustrae de toda relación de jerarquía, tutela o control por parte del Gobierno; por ello debe impedirse que este les dicte instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o pueda avocar la resolución de los asuntos que correspondan a los OR.

Ante ello, la legislación creadora del único regulador se ha compadecido de este alejamiento del Gobierno al plasmar el artículo 3 de la LCNMC, que señala: “la CNMC actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con

---

161 En este sentido, la Comisaria de la Competencia, Margrethe Vestager, ha mostrado su preocupación “[...] por la independencia efectiva de las autoridades nacionales de competencia y por las herramientas de las que disponen para combatir los abusos de mercado y las prácticas colusivas”. La mencionada Comisaria señala que: “[...] Hay una serie de diferencias sobre cómo están conectadas [las agencias] con ministerios relevantes, a los que tienen que consultar. Hay países modélicos, donde todo esto es muy transparente, muy abierto y el proceso de toma de decisiones es incuestionable. Pero luego hay otros que están más en la zona gris en cuestiones como quién decide quién debe ser el líder (de la autoridad), quien debe estar en el consejo, etcétera”. Ver <http://www.expansion.com/economia/2015/11/04/563a6409ca474181328b457d.html> (última visita: 6/11/2015).

independencia de cualquier interés empresarial y comercial”. Mientras que el apartado 2 del artículo en mención, expresa: “[...] que ni el personal ni los miembros de los órganos de la CNMC podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”.

De este modo cierra el núcleo duro de independencia funcional el artículo 14 apartado 3, en su parte infine, al establecer que: “no podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las Administraciones públicas”.

### **7.7. Los controles sobre la CNMC.**

Son formas de control las siguientes:

**7.7.1. El control difuso**, el que constituye la valoración de las decisiones y actuaciones de los OR que tiene la opinión pública, la misma que puede aumentar o disminuir su prestigio ante los ciudadanos; pudiendo si el resultado es positivo, resistir las presiones políticas o del Gobierno. Esto se podrá dar en la medida que exista una mayor transparencia por parte del regulador.

**7.7.2. Control por parte del Gobierno**, viene a ser el propio nombramiento del Consejo del regulador que, por lo general, son personajes ligados al Ejecutivo<sup>162</sup>. También podría controlar la

---

162 En cierta medida, los nombramientos en la CNMC de altos funcionarios del Ministerio de Economía y Competitividad tienen como característica en común haber colaborado en dicho Ministerio, al inicio del Gobierno. Me refiero a la Sra. Vice Presidenta Doña María Fernández Pérez, quien fue Directora de la Secretaría Técnica de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos. Y a los actuales Consejeros Doña Clotilde De la Higuera González, quien se desempeñaba como Abogada del Estado-Jefe en el Ministerio de Economía y Competitividad. Y de Doña María Ortiz Aguilar, ex Subdirectora General de Competencia y Regulación Económica en el Ministerio de Economía y Competitividad. PADRÓS REIG, C. (2013, 114-115).

actuación del regulador mediante la resolución de recursos administrativos contra las decisiones de la CNMC.

**7.7.3. Control por parte del Parlamento sobre la CNMC,** se puede dar en la medida que el Presidente, Vicepresidente y Consejeros pueden comparecer ante el Parlamento por el requerimiento de las Comisiones del Congreso y del Senado, así como la obligación de remitir informes anuales a las Cortes.

**7.7.4. Control por parte de los Tribunales,** las decisiones que emita la CNMC son recurribles a la jurisdicción contencioso - administrativa.

**7.7.5. Control económico y financiero,** todas las AAI, incluyendo la CNMC, están sometidas al control de la Intervención General del Estado y del Tribunal de Cuentas.

---

En resumen 8 de 10 Consejeros de la CNMC son cercanos al PP, así como el Presidente de la CNMC era cercano al PP y ha tenido contactos con el PSOE.



## **CAPÍTULO 2**

---

**LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA  
COMPETENCIA (CNMC) COMO ÚNICO REGULADOR  
DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA ENERGÍA.**

## **1. Para el sector de Telecomunicaciones: DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL DE LA CNMC.**

### **1.1. Antecedentes y evolución.**

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC tuvo como antecedente a la extinta CMT creada mediante Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio<sup>163</sup>. Este Real Decreto-ley afianzó la liberalización de las telecomunicaciones y permitió la presencia de un órgano que actuase a partir de la introducción de la competencia en los servicios de telecomunicaciones, debido al ordenamiento comunitario, por la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia de mercados de servicios de telecomunicaciones<sup>164</sup> y del Libro Verde de 1987<sup>165</sup>.

#### **1.1.1. Régimen legal de la CMT.**

La regulación sectorial de las telecomunicaciones aparece con la liberalización iniciada con el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, que creó a la CMT, iniciando su actividad un año después<sup>166</sup>. Con posterioridad fue regulada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones<sup>167</sup>.

#### **1.1.2. Naturaleza jurídica de la CMT, a nivel sectorial.**

La fenecida CMT era un organismo administrativo, específico y público, que gozaba de personalidad jurídica con capacidad pública

---

163 Ver, apartado 1 del artículo 1 del Real Decreto-ley en mención (norma vigente hasta el 26 de abril de 1997).

164 Ver, artículos 4, 7 y ss de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión.

165 Se trata del Libro Verde, de 30 de junio de 1987, sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones [COM (87) 290 Final]. VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 267); NAVAJAS REBOLLAR, M. (2000, 156); MARTI DEL MORAL, A. (2000, 24-25).

166 Me refiero a la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Esta norma estuvo vigente hasta el 5 de noviembre de 2003, fecha en que entro en vigencia la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en la actualidad derogada).

167 Norma derogada por la nueva Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

y privada. Se encontraba adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información<sup>168</sup> conforme a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Así se encontraba configurado en su artículo 48 apartado 1 de la ley en mención como: “[...] un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada. Estuvo adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que ejercerá las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio”.

Y es precisamente el contenido de la Disposición adicional décima, apartado 1 de la LOFAGE - lo que le confiere según E. Víruga Foruria, el carácter constitutivo de regulador cuando se dice que: “el Gobierno y la administración general del Estado ejercerán respecto de tales organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a las competencias de la CMT”. Se afirma, por tanto, que este ente participa y regula un mercado liberalizado como es el de las telecomunicaciones, asignándole la tarea de regularlo.

Finalmente la CMT quedó regulada como una Comisión Reguladora Independiente porque gozaba de autonomía para garantizar un funcionamiento orgánico y funcional que le permitía tomar decisiones al margen de otros órganos de la administración. Es decir, si bien a través de la ley se le asignaba una adscripción,

---

<sup>168</sup> Ver el siguiente link: <http://www.mityc.es/es-ES/EIMinisterio/Organigrama/Paginas/Index.aspx> (última visita 12/7/2013).

esto no significó que se haya encontrado condicionada ni subordinada a un Ministerio y a su Ministro, sino que se incorporó figuradamente de forma abstracta.

La última reforma anterior a la aparición de la CNMC fue la realizada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES)<sup>169</sup>, como remedio contra la crisis económica que recayó a partir de 2008 con efecto multiplicador en España<sup>170</sup>. Se da un avance significativo al uniformizar y reformular los OR, por las razones ya expuestas líneas atrás. Es necesario destacar nuevamente que la crisis económica del crack de 2008 es la que propicia la reformulación del papel del Estado a modo de intervencionismo “soft” a través de la refundación de los OR como supervisores.

### **1.1.3. La reforma de la CMT.**

Un año después de haber sido aprobada la LES, el nuevo Gobierno del PP aprobó el Informe de 24 de febrero de 2012 sobre la reforma de los organismos supervisores, propuesta por el Ministerio de la Presidencia<sup>171</sup>. Posteriormente enviado a los

---

169 El término que se alude de economía sostenible, siguiendo a LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2011,89), se entiende a “un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico - social, y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo, la igualdad de oportunidades y de cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”.

170 Situación que desbordó la estabilidad de la economía española en el Gobierno del ex Presidente José Luis Rodríguez Zapatero; la segunda ex Vicepresidenta y ex Ministra de Economía Elena Salgado Méndez, dió el anuncio de la conveniencia de esta medida <http://www.rtve.es/noticias/20091127/medidas-mas-significativas-ley-economia-sostenible/303184.shtml> ; [http://elpais.com/diario/2009/05/13/espana/1242165601\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2009/05/13/espana/1242165601_850215.html) ; (última visita: 15/2/2014).

171 Ver, <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/240212-enlacesupervisores.aspx/> (última visita: 15/2/2014).



reguladores a refundirse (CMT<sup>172</sup>, CNE, CNC, CSF, CSP) para su opinión institucional, destacando el informe de la fenecida CNE<sup>173</sup> por la minuciosidad en el análisis de las funciones que realizaría la CNMC en los sectores de electricidad, gas y petróleo, la incidencia que está tendría en los sectores energéticos, así como el estudio de las competencias que la CNMC poseería, así como otras competencias atribuidas en el Anteproyecto de Ley a favor del Ministerio de Industria, Energía y Turismo; del mismo modo, se envió a Instituciones competentes en materia de consumidores y usuarios para cumplir el trámite de audiencia<sup>174</sup>.

Con fecha 27 de setiembre de ese mismo año, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de ley de creación de la CNMC, enviándose a las Cortes Generales para su tramitación y aprobación parlamentaria<sup>175</sup>.

El 4 de junio de 2013 se promulgó la Ley 3/2013, que creó la CNMC<sup>176</sup>. Su Estatuto Orgánico de la CNMC (EO-CNMC), se aprobó mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto. El

---

172 El informe de la CMT, en su Sesión n° 10/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 15 de marzo de 2012, <http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/05/CMT-INFORME-RE-2012-3-15-1-11.pdf> (última visita: 15/2/2014).

173 Informe de la CNE, de 15 de marzo de 2012, pp. 1-110, puede consultarse en su integridad en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne06\\_12.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne06_12.pdf) (última visita: 15/2/2014).

174 VÍRGALA FORURIA, E. (2014, 17, 18); NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2013, 2) (2014).

175 Ver, <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2012/refc20120927.pdf>, pp. 19-20 del documento de Consejo de Ministros – Referencia de 27 de setiembre de 2012 (última visita: 15/2/2014). También p. 216 de la Reforma de las Administraciones Públicas, documento de trabajo de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. Disponible en pdf: [http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc157140\\_Informe\\_de\\_la\\_Comision\\_de\\_Reforma\\_de\\_la\\_Administraciones\\_Publicas\\_%28CORA%29.pdf](http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc157140_Informe_de_la_Comision_de_Reforma_de_la_Administraciones_Publicas_%28CORA%29.pdf) (última visita: 1/12/2014).

176 Adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y de Apoyo a la Empresa, ver, [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/Organigrama\\_15.11.15\\_WEB.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/Organigrama_15.11.15_WEB.pdf) (última visita: 15/2/2014), sin perjuicio de su relación con los Ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de las funciones a que se refieren los artículos 5 a 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

reglamento de funcionamiento interno de la CNMC se dictó el 4 de octubre de 2013 por el pleno del Consejo de CNMC.

Finalmente, en mérito a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 3/2013, y acorde con el artículo 17, apartado 1, del EO-CNMC, señala: son órganos de Dirección, letra b) La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.

## **1.2. Régimen legal.**

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC es un órgano de dirección de la CNMC. Sin embargo la CNMC forma parte integrante de la Administración Pública española, de acuerdo a lo establecido en la LOFAGE, tiene varios instrumentos legales aplicables de modo directo y supletorio que más adelante expongo. Sin embargo, las tres principales normas que regulan su actuar son: la ley de su creación (Ley 3/2013), el Estatuto Orgánico de la CNMC (Real Decreto 657/2013) y el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, de 4 de octubre de 2013.

Entre las normas legales además expuestas, que le son aplicables, tenemos:

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de la Administración Pública del Procedimiento Administrativo Común<sup>177</sup>.
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

---

<sup>177</sup> Esta norma quedará derogada en su totalidad, el 2 de octubre de 2016 por la entrada en vigencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).
- Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (LSP).
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT).
  
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (vigente a partir de 2 de octubre de 2016).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, Régimen Jurídico de Sector Público (vigente a partir de 2 de octubre de 2016).
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de Contratos del Sector Público.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido del Estatuto de Trabajadores.
- Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, Régimen Retributivo de los máximos Responsables y Directivos en el Sector Público Empresarial y otras Entidades.

### **1.3. Naturaleza jurídica de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.**

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual es un órgano administrativo parte integrante de la CNMC. Tiene funciones de instrucción de expedientes de la CNMC en materia de Comunicaciones Electrónicas y del Sector Audiovisual.

### **1.4. Estructura de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.**

De conformidad al artículo 22 del EO-CNMC, en concordancia con el artículo 17 del Reglamento interno de funcionamiento de la CNMC, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual se estructura en las siguientes Subdirecciones:

- a) Subdirección de Regulación de Comunicaciones Electrónicas.
- b) Subdirección de Análisis de Mercados de Comunicaciones Electrónicas.
- c) Subdirección Técnica de las Comunicaciones Electrónicas.
- d) Subdirección Audiovisual.

### **1.5. Sede de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.**

De conformidad con lo señalado en el apartado 2 de la Disposición adicional tercera, señalada en el EO-CNMC, en concordancia con la disposición adicional decimoctava de LCNMC, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual tendrá su sede en la ciudad de Barcelona<sup>178</sup>.

---

178 Sin embargo, es necesario precisar que el apartado 3 de la Disposición adicional tercera de la EO-CNMC, señala: "Para determinar la ubicación concreta de las Subdirecciones y unidades inferiores que ejerzan las competencias asumidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se tendrá en cuenta el mejor aprovechamiento de los recursos y la

## **2. Para el sector de Electricidad, Hidrocarburos y gas: DIRECCIÓN DE ENERGÍA DE LA CNMC.**

### **2.1. Antecedentes y evolución**

La Dirección de Energía de la CNMC tiene su antecedente más remoto en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), en el apartado 1 del artículo 6 establece un órgano independiente regulador de la actividad eléctrica, que encarna la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) por la cual se pretendió introducir una mayor competencia en el sector eléctrico español<sup>179</sup>.

En 1997, con la expedición de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE), la CSEN se convirtió en la Comisión Nacional del Sector Eléctrico-CNSE (apartado 1 del artículo 6 de la precitada norma)<sup>180</sup>.

---

experiencia del personal trasladado a la Comisión que las viniera ejerciendo hasta el momento, favoreciendo su continuidad”.

179 Ver, apartado 1 del artículo 6, por el cual establece la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional: “[C]omo ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional y con objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, se crea la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como entidad de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar. La Comisión sujetará su actividad a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando ejerza potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado”.

180 El derogado artículo señalaba: “[L]a Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, como ente regulador del sistema eléctrico, tiene por objeto velar por la competencia efectiva en el mismo y por su objetividad y transparencia, en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores.

Si bien es cierto en sus primeros inicios fue como CSEN, luego paso a reconvertirse como CNSE en 1997, inició la reforma del sector, despertando en su momento un eventual celo y conflicto con el Ministerio al cual se encontraba adscrita (Industria y Energía), pues “[E]n la practica, la CSEN promovio una reforma más amplia del sector e interpretò consistentemente la LOSEN de forma que favoreciera la rápida introducción de un régimen competitivo en la generación de electricidad”. Esta actitud no fue vista con buenos ojos por el Ministerio, que dejó “clara su intención de limitar los poderes de la CSEN y de eliminar la posibilidad de que sea un ente regulador”<sup>181</sup>. Al año siguiente, mediante Disposición adicional undécima apartado 2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector Hidrocarburos (LSH), se creó la CNE que se configuraba como un ente regulador<sup>182</sup>, teniendo competencias en los sectores eléctrico y del gas. Posteriormente, se expidió el Reglamento de este ente a través del

---

La Comisión se configura como un organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar. La Comisión sujetará su actividad a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando ejerza potestades administrativas, a la legislación de contratos de las Administraciones públicas su contratación de bienes y servicios, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado”.

181 Ver VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 333, nota 7-8) en la que cita a LÓPEZ RODÓ, L. (1997,639). Considero importante recoger la reflexión que señala VÍRGALA FORURIA, E, pues desde la publicación del Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, la CNE estuvo adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, lo cual hizo que la mayoría de las decisiones de la CNE fueran recurribles en vía administrativa ante tal Ministerio. Criterio en cierta manera compartido por NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008, 261); SERRANO GONZÁLEZ, M. (2009); BACIGALUPO SAGGESE, M. y TABOADA ABADÍAS, R. (2007, 766).

182 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 333-335); NAVAJAS REBOLLAR, M. (2000, 157); BACIGALUPO SAGESSE, M. (2008, 18); SERRANO GONZÁLEZ, M. (2008,18). También se pudo apreciar en la Disposición adicional undécima, apartados primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto. Así como en la Disposición adicional duodécima referido a la financiación de la CNE de la LSH, disposiciones que en la actualidad se encuentran derogadas.

Considero destacable que la ley de creación de la entonces CNE, no solo recogía la experiencia de otras latitudes de Europa, sino que además pretendía contar con condiciones de competencia efectiva de modo que existiera transparencia y credibilidad en el sector eléctrico desregulado tanto para los operadores y usuarios.

Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que luego fue modificado por el Real Decreto 1204/2006, de 20 de octubre<sup>183</sup>.

La reforma de los OR se da en la LES en plena crisis económica, por lo que se pretende mejorar la actuación de los reguladores en el sector donde actúa. A decir verdad, la LES brinda la posibilidad de unificar criterios y acabar en cierta forma con una tradición de las Comisiones que es propia de la doctrina de EE.UU.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, crea la CNMC, absorbiendo a la CNE, pasando a ser una dirección del nuevo regulador, la misma que también se somete al Estatuto Orgánico de la CNMC (EO-CNMC) aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto y el Reglamento Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el pleno del Consejo de la CNMC, de 4 de octubre de 2013.

El artículo 25 de la LCNMC apartado 1, señala: “[L]a CNMC contará con cuatro direcciones de instrucción a las que les corresponderá el ejercicio de las funciones señaladas en este artículo, además de aquellas que les pudiera delegar el Consejo, a excepción de las funciones de desarrollo normativo y de resolución y dictamen que dicho órgano tiene atribuidas de conformidad con el artículo 20 de esta Ley”.

Mientras que la letra c) del apartado en mención prescribe:

---

183 La CNE contaba con facultades establecidas en la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998 apartado 3, para luego ser ampliadas por Ley 17/2007, en mérito a lo dispuesto por la Directiva 2003/53/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; y en el Real Decreto-Ley 13/2012, 30 de mayo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. Ver también a MUÑOZ MACHADO, S. (2009,127). En resumidas cuentas, la CNE poseía una función normativa, y un conjunto de potestades, entre las que destacan: ejecutiva, supervisión, consultiva y de propuesta, en materia de competencia, de obtención de información, de investigación y de sanción, de asesoramiento, resolución de conflictos.

“[L]a Dirección de Energía, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 7 y, 12.1b) en los mercados de la electricidad y del gas de esta Ley”. Es decir lo concerniente a la supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural; así como a la resolución de conflictos, respectivamente. Conforme lo dispone el artículo 23 y de acuerdo a la estructura establecida en el artículo 24 del EO-CNMC.

## **2.2. Régimen legal.**

La Dirección de Energía de la CNMC se encuentra configurada como órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes de la CNMC, en aplicación de las LSE y LH. Al pertenecer a la CNMC, y esta es parte de la Administración Pública española, de acuerdo a lo establecido en la LOFAGE, tiene varios instrumentos legales aplicables de modo directo y supletorio. Sin embargo las tres principales normas que regulan su actuar son: la ley de su creación (Ley 3/2013), su Estatuto Orgánico de la CNMC (Real Decreto 657/2013) y, el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el pleno del Consejo de la CNMC, en la sesión de 4 de octubre de 2013.

Además de las normas de creación y otras de funcionamiento que le son aplicables, tenemos las siguientes:

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de la Administración Pública del Procedimiento Administrativo Común.



- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE).
- Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector Hidrocarburos (LSH).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (vigente a partir de 2 de octubre de 2016).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, Régimen Jurídico de Sector Público (vigente a partir de 2 de octubre de 2016).
- Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, Régimen Retributivo de los máximos Responsables y Directivos en el Sector Público Empresarial y otras entidades.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de Contratos del Sector Público.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido del Estatuto de Trabajadores.

### 2.3. Naturaleza jurídica de la Dirección de Energía.

Antes de la reforma, la extinta CNE quedó configurada como un organismo público con personalidad jurídica propia, con una actuación sujeta, en el caso de ejercer potestades administrativas, de contratos de las administraciones públicas y de contratación de bienes y servicios, a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el resto de su actividad quedó sometida al derecho privado<sup>184</sup>.

Se dijo en su momento que la CNE quedó configurada como el ente regulador de los mercados energéticos. Como señalaría M. Serrano González, se trataría de una “autoridad reguladora en terminología de las Directivas comunitarias”<sup>185</sup>. No obstante, la propia normatividad da

---

184 La fenecida CNE se consideraba el ente regulador de los sistemas energéticos, sin embargo en la práctica se trataría de un “Ente consultivo” titular y responsable de los sistemas energéticos, el mercado eléctrico y los mercados de hidrocarburos.

185 Se trataría de la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; y de la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. SERRANO GONZÁLEZ, M. (2009, 122), a lo afirmado por la autora, nótese la diferencia establecida por NAVARRO, RODRÍGUEZ P. A quien a todas luces la señala como Organismo público. Particularmente considero que la CNE con el pasar del tiempo se fue fortaleciendo intentando llegar a ser un regulador toda vez que la LES modificó la LH (basta ver la Disposición final trigésima tercera, punto uno). “Modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos”.

“[L]a disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, queda modificada como sigue:

Uno. Los puntos 2 y 3 del apartado primero quedan redactados de la siguiente manera:

“2. Se crea la Comisión Nacional de Energía como organismo público regulador del funcionamiento del sector de la energía, que incluye el mercado eléctrico, así como los mercados de hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos. La Comisión Nacional de Energía tendrá por objeto promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios y de calidad, en lo que se refiere al suministro de electricidad y gas natural, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. La naturaleza jurídica y el régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía serán los previstos en los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”.

El criterio de fortalecimiento progresivo de la CNE hasta llegar a ser un OR es compartido en cierta medida por DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2012, 679 y ss). La CNE no llegó a ser nunca un OR auténtico hasta la entrada en vigencia de la LES. Esta Ley define a la CEN como

---

regulador y fortalece su independencia, lo que quedó establecido en los artículos 8 apartado 1, artículo 9 apartado 1.

Abonaron al fortalecimiento de su independencia, y ser considerado un OR, los artículos 20, 21 y 22 relativos a la publicidad de las actuaciones de los OR, al control parlamentario y a la impugnación de sus decisiones, respectivamente. Cabe destacar esto último, pues los actos y resoluciones ponían fin a la vía administrativa (concordante con el punto 6 apartado 33 del artículo 2 que modifica a la Ley 34/1998, de 7 de octubre del sector de Hidrocarburos establecido en el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo).

También se ha destacado que: “[L]a Ley, algo esencial, suprimió el recurso de alzada en vía administrativa. También suprimió la posible asistencia del Ministro o de otros altos cargos de la Administración a las reuniones del Consejo del regulador”. ESTOA PÉREZ, A. (2014, 106 y ss).

Otro claro reforzamiento que tuvo la CNE (antes de su refundición en la CNMC) para ser considerado un OR fue la expedición del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponían directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptaban medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Las Directivas que se transpusieron fueron: la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, que modificó la LSE; Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de julio de 2009, que modificó la LSH; así como la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

El Real Decreto-ley 13/2012 otorgó mayores facultades a la CNE, para imponer sanciones, ampliar su competencia, como, por ejemplo, el artículo 1 de modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

“La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, se modifica en los siguientes términos”:

Apartado dieciséis. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 66 con la siguiente redacción:

“3. La Comisión Nacional de Energía, dentro de su ámbito de actuación y de las funciones que tiene encomendadas, podrá imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas eléctricas por las infracciones administrativas tipificadas como muy graves en los párrafos 1, 2, 5, 6 y 7 del artículo 60.a) de la presente Ley, así como por aquellas tipificadas en los párrafos 8, 9 y 10 del citado artículo 60.a), en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.

Asimismo, la Comisión Nacional de Energía tendrá competencia para sancionar la comisión de las infracciones graves a que se hace referencia en el párrafo anterior cuando, por las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves y, en particular, en el caso de las tipificadas en los párrafos 4 y 5 del artículo 61.a) de la presente Ley, en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.

La Comisión Nacional de Energía tendrá competencia para sancionar aquellas infracciones leves tipificadas en el artículo 62 de la presente Ley, en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.

En cualquier caso la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del gestor de la red de transporte a dicho gestor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo verticalmente integrado a dicha empresa integrada verticalmente, según los casos”.

De igual manera sucedió con su incremento de presupuesto, producto de la imposición de multas contra los operadores.

por supuesto su naturaleza jurídica como un órgano autónomo aunque en realidad no lo era<sup>186</sup>, al menos no del todo, porque el nombramiento de sus miembros estuvo vinculado a un reparto de cuotas políticas de sus vocales sin existir una selección transparente, sino que suponía que eran escogidos entre personas calificadas lo que daría la impresión de una tendencia politizada en los nombramientos que, además, siempre podían ser cesados por el Gobierno<sup>187</sup>.

Es decir, tanto la LH, de 7 de octubre de 1998, como el Reglamento de la CNE establecían una determinada estructura orgánica para el Consejo de Administración que estaba compuesto por el Presidente (que a su vez era el representante legal de la Comisión), ocho Vocales y un Secretario técnico, para periodos de 6 años, todas ellas

---

Finalmente la CNE con el precitado Real Decreto-ley 13/2012 pudo resolver conflictos y dirimir controversias y así quedó establecido en el artículo 2 de modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, se modifica en los siguientes términos:

“Trece. Se añade un nuevo artículo 63 quáter con la siguiente redacción”:

“Artículo 63 quáter. Gestor de red independiente

7. La Comisión Nacional de Energía actuará como órgano de resolución de conflictos entre el titular de la instalación de transporte y el gestor de red independiente, cuando uno de ellos lo reclame”.

186 Así también lo ha reconocido la doctrina que ampara la supuesta independencia SERRANO GONZÁLEZ, M. (2009, 122-123): “[...] la mayoría de sus funciones aún tienen naturaleza consultiva[...]” añade la autora y luego señala: “Las nuevas Directivas sobre el mercado interior de la electricidad y gas, del tercer paquete, deben reforzar el papel del regulador. Será necesario, por tanto, incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las nuevas funciones, lo que puede suponer el inicio de una etapa en la que el regulador energético español deberá buscar su lugar con nuevos cometidos y en su nuevo marco de colaboración derivado de su creación de la Agencia de Cooperación de Reguladores Europeos de la Energía”. Con lo cual sólo reforzaría la idea que no es una independencia absoluta del regulador de la energía sino una independencia relativa, la misma suerte correría su autonomía.

187 El personal que prestaba servicios en la CNE estuvo sujeto a las normas del derecho laboral. La selección del mismo, con excepción de los cargos directivos, se hizo mediante convocatoria pública y de acuerdo con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dicho personal también estuvo sujeto al régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para todo personal al servicio de las Administraciones públicas.

personas de notable prestigio y competencia profesional<sup>188</sup>. Mediante Real Decreto 3487/2000, de 29 de diciembre, se modificó el apartado 1 del artículo 20 del reglamento de la CNE, dando lugar a la figura del Vicepresidente, mermando un miembro de los ocho Vocales. Asimismo, se encontraba adscrita a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria Turismo y Comercio<sup>189</sup>.

La Ley del Sector de Hidrocarburos (LSH) definía a la CNE como un organismo público con personalidad propia, tanto jurídica como patrimonialmente, cuya acción, cuando ejercía potestades administrativas, se sujetaba a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>190</sup>. En el simple análisis comparativo que se puede extraer de la normatividad de la liquidada CNE hasta la LES se podría fácilmente cuestionar el grado de independencia y autonomía ya que las funciones que se le daba eran limitadas<sup>191</sup>.

Sin embargo con la vigencia de la LES, el legislador (pues consagra el capítulo 2 “Organismos Reguladores” de la norma en cuestión) también se replanteó su objeto que era [no hay final de las comillas siguientes] “la promoción del funcionamiento del sector

---

188 Ver la Disposición undécima de la referida ley apartados primero y segundo de la misma LH. Así como Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó el Reglamento de la CNE.

189 Ver <http://www.mityc.es/es-ES/EIMinisterio/Organigrama/Paginas/Index.aspx> (última visita: 22/7/2014).

190 Pero su sujeción iría más allá de la establecida pues encontraría cabida en otros dispositivos legales anexos a esta normatividad como es la Ley General Presupuestaria en la medida que es de aplicación por la Ley 6/1997 de 14 de abril (LOFAGE), basta ver las Disposiciones adicionales (décima apartado 1, segundo párrafo), (décima apartado 2), (décima apartado 3) de dicha norma..

191 Por eso se dijo inicialmente que la CNE en realidad no constituyó un OR independiente, en el amplio sentido; no obstante al sopesar la función que desarrolla en el sector, se podría denominar un regulador, pero de segundo orden, al depender políticamente del Gobierno así como realizar labor consultiva. Así también lo ha reconocido en su momento NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008, 328), cuando señala que: “[L]a CNE, en España, no sólo no tiene la potestad de fijar tarifas eléctricas, sino que, hoy por hoy, no es un interlocutor válido en las relaciones entre la Administración y los agentes del sector, porque todo el mundo sabe que quien toma las decisiones no es de la Comisión, sino el Gobierno”.

energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de los servicios y de calidad, en lo que se refiere al suministro de electricidad y gas natural, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. En consecuencia, sí bien es cierto la doctrina al inicio no era pacífica en compartir que la CNE haya sido considerada como un organismo regulador en su extensión de la palabra, porque algunas de sus decisiones que esta poseía eran recurribles al Ministerio al que estaba adscrita (Industria, Turismo y Comercio), el mismo que ejercía el control de eficacia del ente. Con la entrada en vigencia de la LES, la CNE fue determinada como un OR, pues no solo veló por la competencia del sector sino que la promovió y logró que las decisiones que ésta adoptaba respecto a sus actos y resoluciones ponían fin a la vía administrativa, por lo que puedo afirmar que la CNE justo antes de su refundición en la CNMC - sí logró ser un Regulador

#### **2.4. Estructura de la Dirección de Energía.**

La Dirección de Energía tendrá a su cargo las Subdirecciones, asignadas de acuerdo al apartado 1, letra “c” del artículo 25 de la LCNMC, conforme con el artículo 4 del EO-CNMC, así como el artículo 18 de su Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC.

Se estructura en las siguientes Subdirecciones:

- a). Subdirección de Energía Eléctrica.
- b). Subdirección de Gas Natural.
- c). Subdirección de Regulación Económica-Financiera y Precios Regulados.
- d). Subdirección de Mercados Derivados de la Energía.

## **2.5. Sede de la Dirección de Energía de la CNMC.**

La ley de creación de la CNMC hace una distinción sobre el lugar de funcionamiento para la Dirección de Telecomunicaciones, designando a la ciudad de Barcelona para tal fin y no para el resto de Direcciones<sup>192</sup>. Es decir, la sede de la Dirección de Energía, al igual de las cinco Direcciones, se encuentra en la capital del país, en Madrid.

## **3. Análisis de las principales funciones que posee la CNMC a través de sus Direcciones Nacionales de los servicios de Red.**

Las competencias y funciones atribuidas a la nueva CNMC pueden dividirse en cuatro grupos<sup>193</sup>:

- De supervisión y control de los mercados,
- De resolución de conflictos,
- De instrucción y resolución, y
- Consultivas.

### **3.1. Funciones asignadas a la Dirección de Telecomunicaciones.**

Dentro de las funciones asignadas a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de conformidad al artículo 21 del EO-CNMC, se encuentran las funciones de instrucción de expedientes de la CNMC en materia de Comunicaciones Electrónicas y del Sector Audiovisual. Todo ello, conforme al apartado 2 del artículo 70 de la Ley 9/2014, de 9 de

---

192 Disposición adicional decimoctava, segundo párrafo de la LCNMC, cuando señala: “[S]u ubicación se realizará manteniendo la actualmente existente para las telecomunicaciones, donde se situará la Dirección de Telecomunicaciones del Sector Audiovisual (Instrucción de Telecomunicación y Servicios Audiovisuales), para el aprovechamiento de los recursos e infraestructuras actuales”, concordante con lo dispuesto en la Disposición adicional tercera apartados 1,2,3 del EO-CNMC.

193 Criterio también compartido por GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. y GARRIDO DE LAS HERAS, S. (2013,3).

mayo, General de Telecomunicaciones, además de las funciones descritas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

### **3.1.1. Función Consultiva o de Propuesta e Informe:**

Contenida en el EO-CNMC, artículo 21:

“a) Elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control de los mercados de comunicaciones electrónicas, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, LCNMC.

b) Elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control de los mercados de comunicación audiovisual y, singularmente, en las competencias previstas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

c) Elevar al Consejo propuestas de resolución de conflictos en las siguientes materias:

c.1.Conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

c.2.Conflictos en los mercados de comunicación audiovisual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 e) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

d) Apoyar al Presidente en el ámbito de las relaciones con otros órganos e Instituciones de España, de la UE, en particular la Comisión Europea, y de otros Estados miembros, así como el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, y ejercer las funciones de punto de contacto y participación en los grupos de trabajo en el seno de este Organismo.



e) Colaborar y prestar la asistencia técnica que le sea requerida por el Consejo de la Comisión elaborando informes que elevará a este”.

### **3.1.2. Función de Autorización o Supervisora y Reglamentaria.**

Contenida en el EO-CNMC artículo 21:

“g). Realizar cualesquiera otras funciones que le atribuya el ordenamiento jurídico, o que el Consejo le delegue”.

### **3.1.3. Función de instrucción de expedientes.**

En materia de comunicaciones electrónicas y del sector audiovisual, según lo dispuesto en los artículos 6, 9 y 12.1 letras a) y e) de la LCNMC<sup>194</sup>.

---

194 Los referidos artículos son los siguientes: “artículo 6. “Controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”; artículo 9. “Garantizar la libertad de recepción en territorio español de servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea, adoptando las medidas previstas en el artículo 38 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, cuando dichos servicios infrinjan de manera grave y reiterada la legislación en materia de protección de los menores frente a la programación audiovisual o contengan incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad”.

“Artículo 12.1.a. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos: “a) En los mercados de comunicaciones electrónicas, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la nueva regulación que la Ley general de telecomunicaciones y su normativa a desarrollo, entre operadores o entre operadores y otras entidades que, de conformidad con lo establecido en la citada Ley, se benefician de las obligaciones de acceso

### 3.1.4. Otras funciones dispersas.

En principio, las que le asigna la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; en específico, las dispuestas en los artículos 70 (apartado 2)<sup>195</sup>; 72 (apartados 1,2,3,4); 73

---

e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el Anexo II de dicha Ley. En particular, resolverá:

1. Los conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad derivados de obligaciones que en su caso resulten de las actuaciones a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, así como de las obligaciones específicas a que se refiere el artículo 13 de dicha Ley.
  2. Los conflictos entre operadores en relación con la forma de sufragar los costes que produzca la conservación de los números telefónicos a que se refiere el artículo 18 de la Ley General de Telecomunicaciones.
  3. Los conflictos entre operadores en relación con las condiciones de uso compartido a que se refiere el artículo 30 de la LGT.
  4. Los conflictos que se produzcan entre prestadores de servicios de consulta telefónica y operadores de redes públicas telefónicas fijas, de acuerdo con la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.
  5. Los conflictos que surjan sobre las condiciones en las que se ofertará el servicio mayorista de acceso a bandas de frecuencias de conformidad con el artículo 4.6 del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital.
  6. Los conflictos en materia de itinerancia.
  7. Los conflictos transfronterizos entre prestadores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la UE, a que se refiere el artículo 14.2 de la Ley de telecomunicaciones”.
- “Artículo 12.1.e). En el mercado de comunicación audiovisual, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los siguientes conflictos”:
- “1. Los conflictos que se susciten entre los agentes intervinientes en los mercados de comunicación audiovisual sobre materias en las que la Comisión tenga atribuida competencia.
  2. Los conflictos que se susciten en relación con la cesión de canales de radio y televisión a que se refiere el artículo 31 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.
  3. Los conflictos que se susciten en relación con el acceso a estadios y recintos deportivos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica a que se refiere el artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”.

195 Ver:

- a) Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.
- b) Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constata que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.
- c) Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en el artículo 14 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.

(apartados 1,2,3,4,5,6,7), además de las establecidas en la Ley 7/2010, 31 de marzo de 2010, General de Comunicación Audiovisual.

---

d) Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley.

En particular, le corresponderá resolver conflictos entre operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas para la puesta en práctica de la obligación impuesta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, o de la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 32 de la presente Ley, así como resolver conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley.

e) Decidir la imposición, como medida excepcional, a los operadores con poder significativo en el mercado integrados verticalmente, de la obligación de separación funcional de acuerdo con los requisitos y procedimientos indicados en el artículo 16 de la presente Ley.

f) Fijar las características y condiciones para la conservación de los números en aplicación de los aspectos técnicos y administrativos que mediante real decreto se establezcan para que ésta se lleve a cabo.

g) Intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en los términos establecidos en el artículo 12 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.

h) Determinar la cuantía que supone el coste neto en la prestación del servicio universal, a que se refiere al artículo 27 de la presente Ley.

i) Definir y revisar la metodología para determinar el coste neto del servicio universal, tanto en lo que respecta a la imputación de costes como a la atribución de ingresos, que deberá basarse en procedimientos y criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales y tener carácter público.

j) Establecer el procedimiento para cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador u operadores encargados de la prestación del servicio universal.

k) Decidir la imposición de obligaciones a los operadores que dispongan de interfaces de programa de aplicaciones (API) y guías electrónicas de programación (EPG) para que faciliten el acceso a estos recursos, en la medida que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a determinados servicios digitales de radiodifusión y televisión.

l) Ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

En el ejercicio de esta función, participará, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en materia de comunicaciones electrónicas.

m) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores de comunicaciones electrónicas en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

n) Realizar las funciones atribuidas de manera expresa por la normativa comunitaria, la presente Ley y su normativa de desarrollo”.

### **3.2. Funciones asignadas a la Dirección de la Energía.**

Esta Dirección tendrá, como sus funciones, las asignadas de conformidad al artículo 23 del EO-CNMC. En ese sentido, la Dirección de Energía es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes de la CNMC en aplicación de las leyes del sector eléctrico y del sector hidrocarburos<sup>196</sup> y son sus funciones las siguientes:

#### **3.2.1. Función Consultiva, de Propuesta o Informe.**

Contenido en el artículo 23 del EO-CNMC:

- “ a) Elevar al Consejo las propuestas de resolución que se elaboren en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y singularmente en materia de supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural.
  
- b) Elevar al Consejo propuestas de resolución de conflictos en los mercados de la electricidad y del gas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.
  
- c) Apoyar al Presidente y al Consejo en el ámbito de las relaciones con otros órganos e Instituciones de España, de la Unión Europea y de otros Estados miembros así como de

---

<sup>196</sup> La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y, de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, de 7 de octubre.

terceros países y con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, y ejercer las funciones de representante sustituto a efectos de contacto y representación en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía.

j) Elevar al Consejo de la Comisión la propuesta de archivo.

h) Emitir los informes que corresponda en el ejercicio de las funciones de supervisión de su competencia y del resto de funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio o los que le sean solicitados en relación a los sectores de gas y electricidad.

k) Acordar la acumulación, desglose y ampliación de expedientes.

l) Proponer al Consejo de la Comisión la adopción de medidas cautelares.

m) Resolver sobre las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de expedientes, en particular, la práctica de pruebas, la declaración de los interesados en la fase de instrucción, la suspensión de plazos y la declaración de confidencialidad.

n) Colaborar, cuando proceda, en la preparación de informes y propuestas de la Comisión en el ámbito de las relaciones de la Comisión en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación con las Administraciones Públicas, así como con los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las funciones que correspondan a otros órganos de la Comisión.

ñ) Realizar cualesquiera otras funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya en los sectores de energía eléctrica y gas natural así como las que le sean delegadas por el Consejo de la Comisión o que el Reglamento de Funcionamiento interno le asigne”.

### **3.2.2. Función de Colaboración.**

Contenida en artículo 23 del EO-CNMC:

“d) Colaborar y prestar la asistencia técnica que le sea requerida por el Consejo elaborando informes que elevará a éste”.

### **3.2.3. Funciones Decisorias o Resolutivas.**

Contenidas en el artículo 23 del EO-CNMC:

“e) Intervenir en la tramitación de los procedimientos arbitrales en las materias previstas en por la Ley 54/1997, de 24 de noviembre y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de los sectores de electricidad y gas natural, así como su normativa de desarrollo, en la forma que determine el Reglamento de Arbitraje del Consejo de la Comisión.

h) Emitir los informes que corresponda en el ejercicio de las funciones de supervisión de su competencia y del resto de funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio o los que le sean solicitados en relación a los sectores de gas y electricidad.

i) Incoar y tramitar los procedimientos para la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes para las empresas eléctricas y de gas natural y elevar al Consejo la propuesta para su aprobación”.

#### **3.2.4. Función Sancionadora.**

Contenida en el artículo 23 del EO-CNMC:

“f) Iniciar de oficio los procedimientos sancionadores de su competencia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre y en la Ley 54/1997, de 28 de noviembre”.

#### **3.2.5. Función de Petición de Información.**

Contenida en el artículo 23 del EO-CNMC:

“g) Requerir la información y realizar las inspecciones necesarias para llevar a cabo la correcta supervisión de los sectores de electricidad y gas natural en las materias previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”.

No obstante de las funciones ya descritas en el artículo 23 del EO-CNMC, el artículo 7 de la LCNMC señala que:

“[L]a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural. En particular ejercerá las siguientes funciones”:

### **3.2.6. Función Consultiva.**

LCNMC artículo 7:

“13. Determinar los sujetos a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios, proponiendo las medidas que hubiera adoptar.

21. Determinar con carácter anual los operadores principales y dominantes, así como el resto de funciones relativas a dichos operadores de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

33. Calcular anualmente el saldo de mermas de cada red de transporte”.

### **3.2.7. Funciones de Asesoramiento.**

Conforme al artículo 7 de la CNMC:

“ 23. Gestionar el sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

24. Publicar los precios finales del mercado de electricidad, a partir de la información del operador del mercado y del operador del sistema.

25. En materia de protección al consumidor, gestionar el sistema de comparación de los precios del suministro de electricidad y gas natural sobre la base de las ofertas que realicen las empresas comercializadoras, así como la elaboración de informes que



contengan la comparación y evolución de los precios del suministro de electricidad y gas y de los mercados minoristas.

26. Actuar como organismo supervisor de las subastas para la adquisición de gas natural para la fijación de la tarifa de último recurso, el gas talón de tanques y gasoductos y el gas colchón de almacenamientos subterráneos, así como de la capacidad de los almacenamientos básicos, cuando la normativa en la materia así lo disponga.

27. Elaborar los modelos normalizados de solicitud formal de acceso a las instalaciones del sistema gasista y de contratos de acceso, que propondrá a la Dirección General de Política Energética y Minas para su aprobación o modificación.

28. Elaborar los modelos normalizados para la publicación de la capacidad contratada y disponible, así como la metodología para su determinación, que propondrá a la Dirección General de Política Energética y Minas para su aprobación o modificación.

29. Aprobar el contrato entre el propietario de las instalaciones y el Gestor de Red Independiente en el que se detallen las condiciones contractuales así como las responsabilidades de cada uno.

30. Tramitar expedientes de exención de acceso de terceros a las instalaciones gasistas.

31. Emitir el preceptivo informe y propuesta en las autorizaciones para ejercer la comercialización de gas natural en los casos previstos en el artículo 80 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre”.

### **3.2.8. Función Decisoria.**

Conforme al artículo 7 de la LCNMC:

“36. Dictar las circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los reales decretos y órdenes del Ministro de Industria, Energía y Turismo que le habiliten para ello y que se dicten en desarrollo de la normativa energética”.

### **3.2.9. Función de Supervisión o Fiscalización.**

Conforme al 7 de la LCNMC:

“2. Supervisar la gestión y asignación de capacidad de interconexión, el tiempo utilizado por los transportistas y las empresas de distribución en efectuar conexiones y reparaciones, así como los mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes.

A estos efectos, velará por la adecuada publicación de la información necesaria por parte de los gestores de red de transporte y, en su caso, de distribución, sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas.

3. Supervisar y, en su caso, certificar, la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades.

4. Velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador.

5. En el sector del gas natural, supervisar las condiciones de acceso al almacenamiento, incluyendo el almacenamiento subterráneo, tanques de Gas Natural Licuado (GNL) y gas almacenado en los gasoductos, así como otros servicios auxiliares.

Asimismo, supervisará el cumplimiento por parte de los propietarios de los requisitos que se establezcan para los almacenamientos no básicos de gas natural.

6. Supervisar las condiciones y tarifas de conexión aplicables a los nuevos productores de electricidad.

7. Supervisar los planes de inversión de los gestores de red de transporte, en particular, en lo que se refiere a su adecuación al plan de desarrollo de la red en el ámbito de la Unión Europea, pudiendo realizar recomendaciones para su modificación.

11. Supervisar la adecuación de los precios y condiciones de suministro a los consumidores finales a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y sus normativas de desarrollo y publicar recomendaciones, al menos anualmente, para la adecuación de los precios de los suministros a las obligaciones de servicio público y a la protección de los consumidores.

15. Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista, incluidas entre otras, las reclamaciones planteadas

por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica

16. Supervisar las inversiones en capacidad de generación que permita garantizar la seguridad del suministro.

17. Supervisar la relación entre el Gestor de Red Independiente y el propietario de las instalaciones, actuar como órgano de resolución de conflictos entre ambos, así como aprobar las inversiones del Gestor de Red Independiente.

18. Supervisar la cooperación técnica entre los gestores de las redes de transporte de energía eléctrica y gas y los gestores de terceros países.

19. Supervisar las medidas adoptadas por los gestores de la red de distribución para garantizar la exclusión de conductas discriminatorias”.

### **3.2.10.Otras Funciones.**

Contenidas en el artículo 7 de la LCNMC:

“ 37). Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto”.

En concordancia con el artículo 23 del EO-CNMC:

“g) Realizar cualesquiera otras funciones que le atribuya el ordenamiento jurídico, o el Consejo le delegue”.

#### 4. Funciones que la LCNMC devuelve a diversos Ministerios.

Dentro de las funciones que retornan a los Ministerios, tenemos:

**Tabla N° 1: Para el Sector Audiovisual y Electricidad del Ministerio de Industria y Energía.**

A cargo del Ministerio de Industria y Energía:	
Sector audiovisual	Sector electricidad
<p>a). Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.</p> <p>b) Llevar el registro estatal de prestadores de servicios de comunicación social.</p> <p>c). Decidir sobre cualquier cuestión o incidente que afecte los títulos habilitantes de servicios de comunicación audiovisual, tales como su duración, renovación, modificación, celebración de negocios jurídicos o extinción.</p> <p>d). Verificar las condiciones de los artículos 36 y 37 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en materia de limitación de adquisición de participaciones entre operadores del servicio de comunicación audiovisual.</p> <p>e). Certificar la emisión en cadena por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica que así lo comunicasen, e instar su inscripción, cuando proceda, en el registro estatal de prestadores de servicios de comunicación</p>	<p>a) Inspeccionar, dentro de su ámbito de competencias, el cumplimiento de las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, la correcta y efectiva utilización del carbón autóctono en las centrales eléctricas con derecho al cobro de la prima al consumo de carbón autóctono, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades energéticas, la disponibilidad efectiva de las instalaciones de generación en el régimen ordinario, la correcta facturación y condiciones de venta de las empresas distribuidoras y comercializadoras a consumidores y clientes cualificados, la continuidad del suministro de energía eléctrica, la calidad del servicio, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida.</p> <p>b) Acordar la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos, cuando sean de la competencia de la Administración General del Estado por no corresponder la incoación e instrucción de los mismos a la CNMC, e informar, cuando sea requerida para ello, aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones Públicas.</p> <p>c) Informar, atender y tramitar, en coordinación con las administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y tener a disposición de los mismos toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios.</p> <p>El Ministerio de Industria, Energía y Turismo informará, al menos semestralmente, a la CNMC de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.</p> <p>d) Realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada y enviar a la CNMC toda la información necesaria para la elaboración de las metodologías de peajes.</p> <p>e) Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador.</p>

audiovisual.	
--------------	--

Elaboración: Propia.

**Tabla N° 2: Para el sector Hidrocarburos del Ministerio de Industria y Energía**

**Ministerio de Industria y Energía**

### Sector Hidrocarburos

a). Inspeccionar dentro de su ámbito de competencia, el cumplimiento de las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de las redes y los requisitos establecidos

en las autorizaciones, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades de hidrocarburos, la disponibilidad efectiva de las instalaciones gasistas, la correcta facturación y condiciones de venta a los consumidores de las empresas distribuidoras, en lo que se refiere al acceso a las redes, y comercializadoras, la continuidad del suministro de gas natural, la calidad del servicio, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida.

b). Acordar, en el ámbito de aplicación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos, cuando sean de la competencia de la Administración General del Estado e informar, cuando sea requerida para ello, aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones Públicas, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos en el artículo 52.4 de la citada ley ni de las competencias exclusivas de otros órganos de las Administraciones Públicas.

c). Realizar las liquidaciones correspondientes a los ingresos obtenidos por peajes y cánones relativos al uso de las instalaciones de la Red Básica, transporte secundario y distribución a que hace referencia el artículo 96 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y comunicarla a los interesados.

d) Informar, atender y tramitar, en coordinación con las Administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de gas natural, y tener a disposición de los mismos toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo informará, al menos semestralmente, a la CNMC de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.

e) Expedir los certificados y gestionar el mecanismo de certificación de consumo y venta de biocarburantes.

f) Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador.

g) Realizar las competencias que la normativa vigente atribuye a la Comisión Nacional de la Energía en materia de hidrocarburos líquidos.

Elaboración: Propia.

**Tabla N° 3: Para los Ministerios de Hacienda, Fomento y Presidencia.**

MINISTERIOS

Hacienda (sector juego)	Fomento (sector postal)	Presidencia (sector audiovisual)
<p>La Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asumirá el objeto, funciones y competencias que la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, atribuye a la extinta Comisión Nacional del Juego.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Informar a los usuarios sobre los operadores postales, las condiciones de acceso, precio, nivel de calidad e indemnizaciones y plazo en el que serán satisfechas y en todo caso, realizar la publicación en el sitio web del Ministerio a que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre.</li> <li>2. Conocer de las controversias entre los usuarios y los operadores de los servicios postales en el ámbito del servicio postal universal, siempre y cuando no hayan sido sometidos a las Juntas Arbitrales de Consumo.</li> <li>3. Conocer de las quejas y denuncias de los usuarios por incumplimiento de las obligaciones por parte de los operadores postales, en relación con la prestación del servicio postal universal, de conformidad con lo establecido el Título II de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, y en su normativa de desarrollo. El Ministerio de Fomento informará, al menos semestralmente, a la CNMC de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.</li> <li>4. Ejercer la potestad de inspección y sanción en relación con las funciones mencionadas en los apartados anteriores.</li> <li>5. Otorgar las autorizaciones singulares y recibir las declaraciones responsables que habilitan para la actividad postal y gestionar el Registro General de empresas prestadoras de servicios postales, de conformidad con lo establecido en el Título IV de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, así como en su normativa de desarrollo.</li> </ol>	<p>Corresponde al Ministerio de la Presidencia aprobar el Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad a que se refiere el artículo 20.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, previa consulta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y a los organizadores de las competiciones deportivas.</p>

Elaboración: Propia.



## **SEGUNDA PARTE**



## **CAPÍTULO 3**

---

**ORDENAMIENTOS  
SUDAMÉRICA**

**CONSTITUCIONALES**

**DE**

## 1. Síntesis del contenido de las Constituciones sudamericanas en lo relativo a los OR.

Los OR, tanto en España como en Sudamérica, tienen una característica común: aparecen por la intervención del Estado en la economía, a raíz de las reformulaciones de las crisis económicas (en los últimos años) y parten del modelo de Estado que se adopte; en el caso del modelo sudamericano, es el de un Estado regulador de mercado<sup>197</sup>, teniendo en cuenta el régimen económico que cada Estado adopte en su Constitución Política.

En ese orden de ideas, la implantación de los OR (parte de la Administración pública) está dirigida a la intervención en el mercado y, para ello, es necesario tener una función normativa reguladora. En Sudamérica, existen dos sistemas constitucionales paralelamente basados en la superposición de dos principios: “libertad de configuración normativa” y otro de “reserva legal”. Es necesario destacar, previamente, que el modelo elegido tendrá gran influencia sobre la constitucionalidad de una función normativo-reguladora en los OR de los servicios de red.

En este apartado, analizo los sistemas constitucionales que adoptan las constituciones sudamericanas de Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela y Chile; en contraste con la Constitución peruana. Esta última no muestra una uniformidad al querer construir un Estado privatista con la obligación de regular (normativamente) los mercados de servicios públicos, a la vez que concentra la potestad reglamentaria en la Presidencia de la República. La razón es simple: la estructura del poder descansa en un presidencialismo como pieza central del funcionamiento institucional<sup>198</sup>.

---

197 Al respecto ver PIMIENTO ECHEVERRI, J. (2013, 17-19).

198 Para examinar el presidencialismo, sus contrastes y tipos, ver: LINZ, J. J. y VALENZUELA, A. (1998). Y también AZIZ NASSIF, A. (2013, 65-86).

Este último razonamiento podría ser la crítica al modelo presidencialista que se mantiene en casi todas las constituciones sudamericanas<sup>199</sup> pero, sin olvidar algunos avances en torno al estudio de los reglamentos, con énfasis a los reglamentos autónomos<sup>200</sup>. A continuación pasaré a analizar los sistemas constitucionales desde el punto de vista de la técnica normativa utilizada.

#### **a. Sistema Constitucional de Contenido Normativo Abierto.**

En este sistema se encuadran principalmente los países establecidos como Estados unitarios en su Constitución (Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay), concentrando la función legislativa en el Parlamento y estableciendo una cláusula abierta de materias a legislar. Se entiende, entonces, que la ley puede versar sobre cualquier materia que el legislador quiera tratar, teniendo como único límite los procedimientos y valores objetivos de la Constitución.

En este sistema, predomina el principio de libertad de configuración normativa, el mismo que plantea que la ley es una norma innovadora y creadora del ordenamiento jurídico, norma primaria en cuanto cumple con estas características<sup>201</sup>. Esto tiene consecuencia directa sobre la función de los reglamentos en el sistema normativo. Al respecto García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que: “cuando se trata de cuestiones que aun siendo administrativas implican para los ciudadanos la imposición de

---

199 Un estudio comparado sobre los cambios en los sistemas presidenciales ante la necesidad de un control parlamentario que permita una correcta distribución del poder mediante mecanismos de contrapeso, puede verse en VALADÉS, D. (2009).

200 Se recoge aquí la diferenciación entre reglamentos ejecutivos, organizativos, delegados y de necesidad y urgencia establecido en CASSAGNE, J.C. (2010,197-221); GORDILLO, A. (2003, 17-45); GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2008, 104-107); GARRIDO FALLA, F. (2002, 275-277).

201 En este sentido, no debe confundirse con la distinción entre normas primarias y secundarias de Hans Kelsen. Ver la aclaración en PÉREZ LUÑO, A. (2012,197-202). La diferenciación responde a un criterio de contenido valorativo según la jerarquía de normas establecido en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2006), así como en PÉREZ ROYO, J. (2005).

deberes y obligaciones, la limitación de su libertad previa o de sus derechos, entonces se entiende que el reglamento ha de limitarse a actuar como complemento de la ley y que una norma previa con tal rango es siempre necesaria”<sup>202</sup>.

Por tanto, en sentido estricto, no hay materias reservadas al reglamento. Sin embargo, ante la necesidad de una correcta separación de poderes, la Constitución prevé casos en los cuales la actuación del Parlamento se ve atenuada por la autonomía de otros organismos con facultades para autoorganizarse, entre ellos los constitucionalmente autónomos y claramente los otros poderes del Estado.

De esta manera, se reserva al Poder Ejecutivo la facultad necesaria para autoorganizarse<sup>203</sup>, crear órganos internos y regular lo referido al planeamiento, presupuesto, contabilidad, organización, recursos humanos, sistemas de información y comunicación, asesoría jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales y servicios auxiliares, etc. de las diversas Administraciones públicas<sup>204</sup>.

Dentro del sistema constitucional de contenido abierto, las materias reservadas a la ley son indefinidas e ilimitadas, mientras que el reglamento se limitará a tener una función administrativa. Este último se encargará principalmente de hacer “ejecutables” las leyes o de especificar las características de cada función, el responsable y la proporción de recursos asignados a las Administraciones públicas internamente, siendo, por regla

---

202 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2006).

203 Esto se deriva, por ejemplo, en la Constitución peruana, de atribuciones a la Presidencia de la República. En el inciso 3 del artículo 118 del texto citado, se le atribuye al presidente: “Dirigir la Política General de Gobierno”. La Constitución, a través del ejercicio de esta competencia, le asigna al Presidente la condición de jefe de Gobierno (Ejecutivo). En tal virtud, le corresponde la misión de procurar la administración de la vida del Estado. GARCÍA TOMA, V. (2006).

204 De igual manera CASSAGNE, J.C. (2010, 139-141), señala una “zona de reserva de la Administración” a causa de la separación de poderes.

general, normas secundarias bajo el imperio de la ley; por tanto, no es posible establecer reglamentos autónomos o independientes<sup>205</sup>, puesto que se necesita siempre una ley previa que habilite la necesidad de una reglamentación a la cual limitarse y hacer ejecutable –aun en los casos de creación de organismos encuadrados en el Poder Ejecutivo y sobre este mismo– mediante una ley orgánica.

Ahora bien, el principio de libertad de configuración normativa no implica el desconocimiento del principio de reserva de ley; por el contrario, la diferencia entre los dos sistemas propuestos es la prioridad técnica que se le da a alguno de estos. Así en principio, se reconoce la discrecionalidad del legislador para tratar cualquier materia<sup>206</sup> y luego se crea bajo este espectro normativo, una reserva legal que se funde con el principio de primacía de la ley al momento en el que el legislador elige concretamente sobre qué materia regular, creando así el fundamento de la existencia de una ley previa para el posterior desarrollo normativo inferior; es decir, para el dictado de reglamentos que serán en definitiva de ejecución<sup>207</sup>.

Esta reserva legal se expande conforme a la necesidad de legislar la actividad social y a que el sistema jurídico en particular, evolucione. Pero,

---

205 Aun así, el constituyente puede decidir establecer la creación de reglamentos no sujetos a la limitación de leyes, sino solo a la de la Constitución; siempre y cuando establezca, también, las condiciones y materias limitadas y específicas a regular. Aunque esto tendría que ser tratado como una excepción a la exclusividad de la función legislativa en el Parlamento, lo que llevaría a desconfiar de dicha medida y necesitar un análisis para determinar su correspondencia con el sistema democrático y su respeto al principio de separación de poderes.

206 Esta facultad se fundamenta en que lo que caracteriza a la función legislativa constitucionalmente definida es el hecho de estar atribuida en régimen de monopolio al Parlamento –en nuestro caso, al Congreso–: “nadie salvo las Cortes Generales puede dictar normas jurídicas primarias, esto es, normas creadoras de derecho y, por tanto, innovadoras del ordenamiento”. PÉREZ ROYO, J. (2005).

207 De esta manera, se resalta en la doctrina alemana, (desde el punto de vista material), “(...) la capacidad reguladora del parlamento que tiene toda la amplitud que quepa imaginar. Se extiende desde la esfera jurídica ciudadano, pasando por la organización de los poderes públicos hasta las zonas de cooperación entre la sociedad y estos últimos”. “[L]a ley puede agotar perfectamente el espectro completo de las posibilidades regulatorias”. SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003, 197).

en este sistema, además de reservar toda la actividad normativa al Parlamento, también se resalta en algunas partes de la Constitución que sólo por ley se pueden realizar ciertas delimitaciones, como a los derechos fundamentales, en especial aquellos relacionados con la propiedad y la libertad<sup>208</sup>.

A partir de aquí la potestad reglamentaria obedece a dos tareas distintas: la ejecución de una voluntad superior plasmada en la ley y el ejercicio de la facultad de auto-organización<sup>209</sup>, necesitando una ley previa para tales fines<sup>210</sup>. Es decir, este sistema tiene como regla general el reconocimiento constitucional de los reglamentos de ejecución y, como especie de éstos, los reglamentos organizativos no autónomos. Por tanto, sería inconstitucional la atribución legal de una potestad para realizar una reglamentación independiente no reconocida expresamente en la Constitución.

Un caso que merece un tratamiento distinto sería la delegación de facultades legislativas, toda vez que las Constituciones establecen la posibilidad de delegarlas al Presidente de la República. Éste último podría dictar decretos legislativos (o reglamentos delegados), dentro de los límites establecidos por el acto de delegación y por la reserva legal específica que establece el constituyente a favor del Parlamento. Cabe la posibilidad de que el constituyente permita expresamente dicha delegación a los OR, pero

---

208 Para el caso peruano, ver ABRUÑA PUYOL, A. (2010, 121-123). También en los F.J 11 y 12 de la STC N° 00017-2006-AI, de 21 de enero de 2007, sobre todo el F.J 12, que señala: “[E]sta reserva de ley impone la obligación de que cualquier regulación que pueda afectar o incidir en los derechos fundamentales, incluso de manera indirecta, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley general y no de fuentes normativas de igual o inferior jerarquía. En ese sentido, cumple además una función de garantía individual al fijar límites a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado, en los espacios de libertad de los ciudadanos”. Ver el texto íntegro de la sentencia del TC en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00017-2006-AI.html> (última visita: 12/2/2016).

209 PÉREZ ROYO, J. (2005).

210 En el caso de los reglamentos organizativos como especie de reglamentos autónomos, que pueden hallar su fundamento en la misma separación de poderes, quedaría en manos del constituyente permitir o no su viabilidad; aunque también podría hallarse en controversia.



teniendo en cuenta la naturaleza excepcional y temporal de la delegación. Sin embargo, la reserva legal y la separación de poderes limitarían a esos reglamentos delegados a ser normas secundarias excepcionales, como especie de reglamentos ejecutivos y, en ningún caso, significar una potestad perteneciente al organismo<sup>211</sup>.

Respecto a los Decretos de urgencia (o los reglamentos de necesidad y urgencia), sus fundamentos residen en la emergencia económica como medida excepcional a una crisis que viviría el país. Puede existir una crítica a la permanencia de dichas medidas en un sistema democrático como el nuestro; sin embargo, dicha potestad no es del todo posible de ser atribuida a un organismo administrativo.

Por último, este sistema sólo permite la existencia de reglamentos ejecutivos como único tipo admisible de manifestación de una potestad reglamentaria, que normalmente en las Constituciones, se encuentra concentrada en la figura del Presidente de la República. A pesar de ello, el constituyente podría haber distribuido esta potestad más abiertamente en la Administración, aunque ello lleve a fundamentar y condicionar con mucha precaución esa posibilidad. Sin embargo, también podría establecer que la Presidencia delegue dicha facultad. En todo caso, es necesario establecer en qué sentido la función del reglamento ejecutivo es únicamente hacer ejecutable una ley, para saber cuál es el límite de esta potestad.

#### **b. Sistema Constitucional de Contenido Normativo Cerrado.**

Este sistema constitucional tiende a ser aplicado en los Estados federales (Argentina, Brasil, Venezuela y México), debido a la necesidad de

---

211 Acerca de los problemas constitucionales de las agencias independientes, así como la delegación de potestades legislativas en el Poder Ejecutivo, puede consultarse en VÍRGALA FORURIA, E. (2011,14-19).

especificar las materias que son competencia del Parlamento nacional así como las que tiene cada uno de los Estados miembros, de tal manera que el principio de libertad de configuración normativa se atenúa en beneficio de la autonomía que deben tener estos últimos. Así, se establece una cláusula cerrada de materias a regular por el Poder Legislativo, distribuyendo de manera más amplia la Potestad Legislativa.

El constituyente restringe la libertad del legislador para regular cualquier materia, para que, de esta forma, lo pueda hacer el legislador local y así posibilitar los beneficios que sustentan los fundamentos del sistema federal. En este sistema, juega un papel importante la transformación del concepto clásico del principio de reserva legal pasando de ser una absoluta reserva del Parlamento a una reserva específica de ciertas materias para la Ley<sup>212</sup>.

Por lo tanto, es necesario que el constituyente realice una enumeración exhaustiva de las materias reservadas para el legislador nacional y aquellas otras para los legisladores locales. Sin embargo, esta peculiaridad de la reserva legal no solo afecta a los Parlamentos locales, sino también a la Administración; en tanto que puede llegarse a beneficiar de la flexibilización del espectro normativo del Parlamento o de cambios en la actividad social en los cuales se hallen materias que el constituyente no ha previsto.

En el primer caso, la nueva distribución de las potestad legislativa ve en la Administración a un Ente que –además del Parlamento– también posee

---

212 Para un estudio del principio de reserva legal en este sentido, ver PAREJO ALFONSO, L. (2008, 97-114). Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal de Alemán posee una respuesta al problema de la reserva de ley, según un criterio de esencialidad: la determinación constitucional, con carácter general, exclusivamente a la primacía de la ley, pero no así de la reserva de ley, con la que esta solo juega en los casos concretos en que se encuentra prevista (para prácticamente todos los derechos fundamentales y algunas materias organizativas). Siguiendo a MENÉNDEZ REXACH, A. (2011, 10): “[L]a reserva de ley es, pues, el criterio clave para resolver los problemas de articulación entre la ley y el reglamento”.

legitimidad democrática para ejercer poder público y por tanto puede tomar decisiones discrecionales en torno a las necesidades de los ciudadanos. Por lo que se debe tomar en cuenta la evolución que, por lo menos dogmáticamente, podemos advertir en la complementación entre las funciones de la Administración pública y la del Poder Legislativo. Así, se puede argumentar la dualidad de la “vinculación de la Administración por la Ley” junto a una “dirección estratégica por la Ley de la acción administrativa”<sup>213</sup>; por lo que cada vez se hace más difícil establecer la esencialidad de materias tan diversas en la sociedad.

En el segundo caso, cuando el constituyente (que ha establecido una cláusula cerrada de materias) no es lo suficientemente exhaustivo, puede dejar sin posibilidad de legislar sobre actividades sociales específicas y aparentemente nuevas. Por tanto, se puede establecer expresa o tácitamente –por el constituyente o el intérprete constitucional, respectivamente– que las materias restantes sean reguladas por la Administración; es decir, establecer una cláusula negativa para una reserva a favor de ésta.

Sobre estos dos casos, se entrevé la posibilidad del dictado de una especie de reglamentos autónomos o independientes por parte de la Administración; en tanto que es imposible que todo el espectro normativo de la sociedad recaiga sobre un solo ente político. Sin embargo, los legisladores (nacionales y locales), aún mantienen características de la libertad de configuración normativa; dejando a la voluntad de éstos la regulación o no de ciertas materias, así como la posibilidad de delegar materias. Junto con estas características, se mantiene el principio de

---

213 Ver lo planteado por H. HILL, citado por PAREJO ALFONSO, L. (2008,106-107).

primacía de la ley, por el cual deben aún existir leyes previas para el dictado de cualquier reglamento<sup>214</sup>.

En estos tipos de casos se permitiría el dictado de reglamentos ejecutivos de igual manera que en el sistema anterior; pero, también, podría permitirse el dictado de una especie de reglamentos autónomos en tanto no tengan la función de ejecutar directamente una ley, sino regular cierta materia de forma indirecta sujeta a una ley. Esto último sucede pues siempre será necesario que una ley, como norma primaria, dé creación a un determinado orden jurídico de manera general y obligatoria; sin embargo, la relación entre este reglamento autónomo y la ley ya no podría ser de vinculación estrictamente positiva, debido a que la Administración claramente tendrá mayor discrecionalidad.

Ahora bien, estos reglamentos tendrían una naturaleza mixta, con cierta autonomía o independencia de la ley, pero siempre existiendo esta última, por la cual se estaría guiando. En este sentido, la ley daría una dirección y límite amplio a este tipo de reglamentos cuasi-autónomos<sup>215</sup>. De esta forma tendríamos una clase de reglamentos que pueden ser potestad del Poder Ejecutivo o de organismos administrativos preparados y justificados para ello, según lo destine el constituyente; además de la posibilidad de delegación de potestad legislativa y de dictado excepcional de decretos de necesidad y urgencia.

Finalmente, es necesario precisar que lo significativo para establecer qué técnica de distribución de potestad normativa se realiza en cada

---

214 Un estudio de la historia y los peligros de una cláusula negativa que dé demasiado espacio a la potestad reglamentaria puede verse en PEREIRA MENAUT, A.C. (2006).

215 En este sentido es importante el principio del Estado de Derecho por el cual “el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales” RAZ, J. (2009, 21-23). Siempre teniendo en cuenta que la reglamentación como actividad administrativa es una realización más específica, particular y secundaria de una ley.

Constitución son las cláusulas que otorgan dichas potestades al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo o a las Administraciones públicas. Por lo que una cláusula abierta o cerrada para las materias reservadas a la ley será lo que determine la estructura y las posibilidades de una mayor distribución de la potestad normativa, sin olvidar la necesidad urgente de su legitimación democrática.

### **1.1.El Principio de Legalidad y la Potestad Reglamentaria en las Constituciones sudamericanas.**

En la creación y desarrollo del ordenamiento jurídico constitucional de cada país existen preceptos que son observados, como los de libertad de configuración normativa, de reserva legal y de primacía de la ley. Los tres son derivados del principio de legalidad de la Administración pública, esto permite que la actuación de la Administración se ajuste a la normativa que le es aplicable y no pueda realizar actos arbitrarios que no sean los razonables y proporcionales para el alcance de los fines que persigue<sup>216</sup>.

El dictado de reglamentos es un acto inherente a la Administración que debe sujetarse al principio de legalidad; esto descansa en el principio de

---

216 Una posición pacífica de la doctrina es que no puede invocarse el principio del derecho privado, por el que un sujeto puede realizar cualquier conducta que el ordenamiento no prohíba y abstenerse de realizar las que éste no ordene; lo cual es inaplicable a la Administración pública como persona jurídica. En la Administración pública peruana se aplica el *positive bindung*, “dominada por el aforismo que todo lo que está prohibido no está permitido, considera a la regla positiva como el fundamento previo y necesario de una determinada acción, la cual, por lo tanto, sólo podrá realizarse válida o lícitamente en la medida en que la norma habilite al sujeto para ello”. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1991,196) citado por VIGNOLO CUEVA, O. (2011,63-64). Y también en el F.J. 2 de la STC N° 00135-1996-AA, de 10 de junio de 1996. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00135-1996-AA.html> (última visita: 5/2/2016). Con ello claramente se puede afirmar que en el ordenamiento peruano “(...) la sujeción a la legalidad de la Administración pública es un mandato constitucional que, aunque no se encuentra explícitamente recogido en el texto, se desprende del propio ordenamiento constitucional”. ABRUÑA PUYOL, A. (2010,118).

ley previa que indica la necesidad de la expedición de ley para que se ejecute el acto de reglamentar. Debe tenerse en cuenta que la primacía de la ley sobre el reglamento es el fundamento por el cual se determina que una norma con rango de ley faculte, en la práctica, a la Administración o al Presidente, el dictado de un reglamento.

La naturaleza del reglamento es, por esencia, de ejecución, porque es el mecanismo normativo que ha sido creado para viabilizar la ejecución de las leyes. Luego el constituyente, por causas diversas (como la necesidad de delegar funciones a entidades más eficaces, la imposibilidad de regular con extrema exhaustividad, la falta de especificación técnica, el peligro del partidismo político en beneficio de unos cuantos, etc.), establece una necesidad de reglamentos delegados, reglamentos de necesidad, de urgencia y reglamentos cuasiautónomos. Sin embargo, siempre existiría una vinculación positiva de la ley sobre el reglamento, en tanto la Administración no puede en ningún caso, dictar normas jurídicas primarias ya sea material o formalmente.

A pesar de ello, los tiempos han cambiado y los sistemas de los países estudiados han buscado solucionar los problemas de un Estado regulador de la economía y, en especial, de los servicios públicos. Debido a que tienen una alta tendencia al presidencialismo, los OR no podrían considerarse como tal, puesto que no tienen una función normativa-reguladora, o están en un limbo de arbitrariedad, debido a la norma que les otorgara tal función inconstitucional<sup>217</sup>.

---

217 Esta crítica es compartida por VIGNOLO CUEVA, O. (2011,71-72): “[E]n la actualidad, las organizaciones administrativas aprueban reglamentos e incluso pueden tener competencias legislativas otorgadas desde la Carta Magna (...), esta situación hace inaplazable una reelaboración de “las relaciones que puedan existir”, a decir lo expuesto por este autor, entre el Legislador, los jueces y la citada Administración pública. En concreto, el objetivo más modesto debe ser el “reacomodo del principio de legalidad a los actuales tiempos de vorágine y de respuesta rápida frente a los requerimientos sociales, pero claro, sin llegar a relativizar la indudable y obligatoria vinculación jurídica” de todos éstos a la Constitución y al conjunto del Derecho”.

En este sentido, el constituyente de cada Estado debe prever la distribución democrática y eficiente de la potestad normativa, estableciendo con singular importancia la transformación de la potestad reglamentaria a causa del reto que la complejidad de las sociedades modernas establece para la Administración Pública. La solución al problema de la potestad reglamentaria de los OR se resolverá de acuerdo a la habilitación que se ha plasmado en la Constitución de cada Estado, permitiendo así que la Administración tenga un ámbito de discrecionalidad mayor para poder responder a las necesidades de los administrados.

Por lo tanto, es necesario reformular el principio de legalidad sobre la Administración pública debido a la imposibilidad de que ésta pueda formular decisiones discrecionales y razonables por estar sobre la guía y dirección de la ley, de tal manera que no caiga en arbitrariedades ilegales o inconstitucionales. De esta forma, dicha flexibilidad del principio de legalidad debe acompañarse de la constitucionalización de la Administración pública, en cuanto la actividad administrativa debe sujetarse directamente al respeto pleno de los derechos fundamentales<sup>218</sup>.

Aunque el sistema de contenido normativo cerrado se vea en la necesidad de flexibilizar el principio de reserva legal y, por tanto, a la larga pueda flexibilizar el de legalidad, se debe recordar que la potestad reglamentaria es parte de la función administrativa y no tiene que ver con una función legislativa propia de los Parlamentos de los Estados. En consecuencia, sea cual fuere el tipo de reglamento que desarrolle la Administración, éste no podría ser autónomo, sino una norma secundaria

---

218 Basta ver el artículo 3 de la CPP, en el que indica que los derechos establecidos en la Constitución "(...) se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno". Por ello puedo afirmar siguiendo a ABRUÑA PUYOL, A. (2010, 119), que: "[L]a norma fundamental, por tanto, constitucionaliza el principio de legalidad que somete positivamente la Administración pública a la administración".

dentro de un ordenamiento jurídico determinado y limitado por una ley marco.

## **1.2. Régimen Económico de las Constituciones sudamericanas.**

Durante finales de los años ochenta y el transcurrir de los noventa del siglo pasado, hubo cambios políticos y económicos sustantivos en Sudamérica, los que se vieron reflejados en una reforma de las Constituciones de los Estados de la región. Bajo el influjo del neoliberalismo, los acuerdos internacionales que, poco a poco, llegarían a la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC)<sup>219</sup> en 1994 y la hegemonía del modelo estadounidense en todo el mundo, se estableció un régimen económico común para Sudamérica<sup>220</sup>.

Este es el marco en el que se basa el modelo de economía de mercado abierto al comercio internacional, liberalizador y privatizador; de tal manera que la intervención del Estado en la economía se vea desplazada por el libre mercado, así ha quedado establecido en cada una de las Constituciones al igual que en su régimen económico (ver tabla 5).

Una economía de mercado es básicamente aquel modelo económico en el cual son los mismos compradores y vendedores quienes asignan los precios a los bienes y servicios, de modo tal que las fuerzas de la oferta y la demanda busquen establecer un mercado competitivo que beneficie a

---

219 Para un entendimiento de la OMC, en torno a los acuerdos previos y actuales sobre comercio internacional, puede consultarse MINDREAU MONTERO, M. (2005, 25-176).

220 Este nuevo modelo fue propagado bajo el denominado Consenso de Washington, no refiriéndose realmente a un tratado internacional o a una política económica conjunta, sino a una serie de reformas o líneas directrices que fueron recomendadas y defendidas por órganos internacionales como el BID, el FMI y el Banco Mundial. Siguiendo a WILLIAMSON, J, éstas fueron: liberalización comercial, liberalización financiera, desregulación de la economía, privatización, reforma fiscal, reordenación del papel del Estado y estabilidad legal y derechos de propiedad. Ver, RUESGA, S.M. y DA SILVA BICHARA, J. (2005,60-65). Aunque actualmente se busca una respuesta propia a nuestros problemas económicos, ver DE SEBASTIÁN CARAZO, L. (2004).



toda la comunidad<sup>221</sup>. Por tanto, es el mercado quien determina las “reglas de juego”, desplazando los controles de la Administración pública. Sin embargo, la autorregulación del mercado claramente no es perfecta y se abre a fallos que perjudican a consumidores, y a las mismas empresas; entonces el Estado debe intervenir indirectamente en el mercado: reelaborando las “reglas de juego”<sup>222</sup>.

De ello se encargan los OR como Administraciones públicas dentro de cada una de las variantes de economía de mercado que adoptan los Estados sudamericanos, puesto que, aunque estos países adoptan un régimen económico en el que se privilegia la libre iniciativa privada dentro de un mercado competitivo, existen graduaciones en el nivel de intervención mediante regulación económica y mediante la Administración como agente económico directo a cargo de empresas estatales, desde la limitación severa a la intervención directa hasta la cooperación coordinada de las iniciativas pública y privada.

---

221 En este sentido ver a MANKIW, G. (2012, 65-87); KRUGMAN, P. y WELLS, R. y OLNEY, M. (2012, 56-82).

222 Esto se da en mercados específicos; en particular, los mercados de los servicios públicos o aquellos que conllevan obligaciones de dicha técnica jurídica. Debido a que estos son de vital importancia para los usuarios y que en nuestras regiones su privatización sigue en marcha, ocasionando un nuevo modelo de regulación para la competencia; al respecto ver ARIÑO ORTIZ, G. (2004).

**Tabla N° 4:** Relación de constituciones económicas en Sudamérica y su régimen económico.

N°	País	Promulgación de Constitución	Tipo de régimen económico	Artículo central del régimen económico	¿Admite Iniciativa Privada?	Régimen de los Servicios Públicos	Artículo central del Régimen de los Servicios Públicos	¿Admite Reserva del Servicio Público?
1	Argentina	1853/1994	Economía Social de Mercado	No hay Constitución Económica - artículo 14	Sí	En Proceso de liberalización - Privatizaciones con Publicarlo	artículo 42	No
2	Brasil	1988	Economía Social de Mercado	artículos 170, 171 y 173			artículo 175	No
3	Colombia	1991	Economía Social de Mercado	artículo 333			artículos 365, 367 y 369	Sí
4	Chile	1980	Economía Mixta - Privatista	No hay Constitución Económica - artículo 119, inciso 21			x	No
5	Perú	1993	Economía Privatista - Modelo Social de Mercado	artículos 58, 59 y 60			artículo 65	No
6	Venezuela	1999	Economía Mixta - Socialista	artículos 299, 301 y 112		Privatizaciones con Publicatio - Reservas de Servicios Públicos al Estado	artículo 302	Sí

**Elaboración:** Propia.

**Fuente:** Constituciones de Sudamérica.

## 2. Breve descripción de los OR de los Servicios de Red en Sudamérica.

### 2.1. Los OR de los Servicios de Red en Sudamérica (1994-2009).

El establecimiento de los OR en Sudamérica está configurado de la siguiente manera:

**Tabla N° 5: Relación de OR de los servicios de red en Sudamérica (país, sede y Ley de creación).**

PAÍS	AGENCIA	SEDE	LEY DE CREACIÓN	FECHA
ARGENTINA	Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)	Buenos Aires	Decreto 267/2015	29/12/15
	Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)	Buenos Aires	Ley n° 24.065	19/12/91
BRASIL	Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL)	Brasilia. Distrito Federal	Ley n° 9472	16/7/97
	Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL)	Brasilia. Distrito Federal	Ley n° 9.427	26/12/96
COLOMBIA	Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC)	Bogotá	Ley n° 1341 de 2009	30/7/09
	Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG)	Bogotá	Ley n° 142 de 1994	11/7/94
CHILE	Superintendencia de Telecomunicaciones (SUBTEL)	Santiago	Decreto Ley n° 1.762	15/4/77
	Comisión Nacional de Energía (CNE)	Santiago	Decreto Ley n° 2.224	8/6/78
PERÚ	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)	Lima	Decreto Legislativo n° 702	8/11/91
	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN)	Lima	Ley n° 26734	31/12/96
VENEZUELA	Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)	Caracas	Gaceta Oficial n° 36.920	12/6/00
	(CORPOLEC)	SECTOR DE ENERGÍA ESTATIZADO		

**Elaboración:** Propia.

**Fuente:** Normas sectoriales de cada país tratado.

### 2.2. Organismos Reguladores de Servicios de Red en Argentina.

### **2.2.1. Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)<sup>223</sup>.**

Creado por el artículo 1 del Decreto 267/2015, creación del Ente Nacional de Comunicaciones, de fecha 29 de diciembre de 2015, se define: “como ente autárquico y descentralizado, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)”.

“[E]l ENACOM actuará en jurisdicción del Ministerio de Comunicaciones, como Autoridad de Aplicación de las Leyes Nros. 26.522 y 27.078 y sus normas modificatorias y reglamentarias, con plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado”.

Cabe mencionar que el Decreto 267/2015, pone fin a las funciones de la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) [que absorbió a la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC)]<sup>224</sup> y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (ver artículo 24)<sup>225</sup>.

“[T]oda mención a la Autoridad de Aplicación, a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que exista en las Leyes N° 26.522 y N° 27.078, y en sus normas modificatorias y reglamentarias, incluidas las modificaciones establecidas en el presente, se

---

223 Ver <http://www.enacom.gob.ar/> (última visita: 1/2/2016); <http://www.aftic.gob.ar/> (última visita: 13/2/2015); <http://www.cnc.gov.ar/> (última visita 4/12/13).

224 La Autoridad Federal de Tecnologías de las Comunicaciones (AFTIC) absorbe a la Comisión Nacional de Comunicaciones, que en su momento fue el resultado de la fusión de dos organismos: La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) y la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT) de conformidad al Decreto 660/96, Modificación de la actual estructura de la Administración Nacional, de 24 de junio de 1996.

225 “Disuélvense de pleno derecho la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual creados por la Ley N° 26.522, y la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) y el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, creados por la Ley N° 27.078”.

entenderán referidas al Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)” (artículo 26 segundo párrafo).

De esta manera se consolida en un único Ente del Estado, con competencia de control sobre los servicios de comunicaciones. Para efectos de control, ENACOM se someterá a la Sindicatura General de la Nación y a la Auditoría General de la Nación.

Teniendo como “obligación permanente e inexcusable del Directorio dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones” (artículo 3).

Por ello, se ha creado una Comisión Bicameral dentro del Congreso de la Nación denominada: “Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización”, que tendrá el carácter de Comisión Permanente<sup>226</sup>.

#### **2.2.1.1. Naturaleza jurídica.**

La naturaleza jurídica de ENACOM, es la de un ente autárquico y descentralizado<sup>227</sup>, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones (Artículo 1)<sup>228</sup>.

---

226 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 267/2015, que sustituye el texto del artículo 18 de la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Esta Comisión Bicameral “(...) se integrará por OCHO (8) senadores y OCHO (8) diputados nacionales, según resolución de cada Cámara. Dictará su propio reglamento.

De entre sus miembros elegirán UN (1) presidente, UN (1) vicepresidente y UN (1) secretario; cargos que serán ejercidos anualmente en forma alternada por un representante de cada Cámara”.

227 Artículo 1 del Decreto 267/2015, último párrafo: “(...) podrá establecer delegaciones en regiones, provincias o ciudades de más de quinientos mil (500.000) habitantes”.

228 Estamos al frente del típico modelo continental bicéfalo, aquel donde intervienen la Administración a través de su respectivo Ministerio y un ente regulador, que no goza de independencia absoluta. Sobre el modelo de los reguladores existentes y sus competencias, ver HERNÁNDEZ–MENDIBLE, V.R. (2009, 176-179). Cierta parte de la doctrina de modo acertado establece que el modelo europeo tiene una proyección directa sobre lo que se conoce

Es decir, forma parte de la Administración pública, de acuerdo a lo conferido en los artículos 1, del Decreto 13/2015, de 10 de diciembre de 2015, que sustituye el artículo 1 de la Ley de Ministerios (Ley N° 22.520). Así como el artículo 23 decies de la norma en mención. ENACOM tiene su sede en la Ciudad de Buenos Aires.

### **2.2.2. Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)<sup>229</sup>.**

El nacimiento de esta Comisión reguladora se da con la vigencia de la Ley N° 24.065, Régimen de la Energía Eléctrica, de 16 de enero de 1992, por la cual en el artículo 54 de este texto se crea (inicialmente) este Ente dentro del ámbito de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos<sup>230</sup>.

Fue concebido como un organismo autárquico encargado de regular la actividad eléctrica y de controlar que los privados del sector eléctrico tanto generadoras, transportistas y distribuidoras cumplan con las obligaciones establecidas en el marco regulatorio y en los contratos de concesión.

El ENRE también es sometido a control de la Sindicatura de la Nación y de la Unidad de Auditoría interna del Ministerio de Energía, así como del Parlamento a través de la Comisión unicameral de seguimiento de la Reforma del Estado y las Privatizaciones. Su sede radica en Buenos Aires.

---

como Constitución económica y que condiciona en último término la interpretación entera del Derecho público de la Economía. Ver RIVERO ORTEGA, R. (2008,15). Del mismo modo, los países sudamericanos combinan influencias europeas con las estadounidenses, de modo que varía mucho de país a país y en función a los distintos Gobiernos.

229 <http://www.enre.gov.ar/Ley> (última visita: 7/12/2013).

230 Artículo 54 de la Ley N° 24.065, Régimen de la Energía Eléctrica, de 16 de enero de 1992, por el cual se precisa: “[C]réase en el ámbito de la Secretaría de la Energía del Ministerio de Economía y obras y servicios públicos, el Ente nacional regulador de la electricidad, el que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo de esta Ley [...]”. En la actualidad se encuentra como Administración descentralizada adscrito al Ministerio de Energía Eléctrica (planilla anexa artículo 9) de Decreto 231/2015, de 21 de diciembre de 2012.

### **2.2.2.1. Naturaleza jurídica.**

El ENRE, de conformidad al artículo 55 de la presente ley, nace como un organismo, que “gozará de autarquía y tendrá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, y su patrimonio esté constituido por los bienes que se les transfieran y por los que adquiera en el futuro cualquier título. Su sede se encuentra en la capital de la República, Buenos Aires, y aprobará su estructura orgánica”.

## **2.3. Organismos Reguladores de Servicios de Red en Brasil.**

### **2.3.1. Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL)<sup>231</sup>**

La Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL) es una Agencia creada en mérito a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley nº 9.472, General de Telecomunicaciones (LGT) de 16 de julio de 1997<sup>232</sup>. Su norma de creación le confiere una naturaleza autárquica especial, no sometida a ningún órgano de Gobierno, pero vinculada de cierto modo al Ministerio de Comunicaciones.

Asimismo, la norma en mención le confiere una especie de independencia administrativa, autonomía financiera, ausencia de subordinación jerárquica, pero forma parte de la Administración pública federal indirecta.

No obstante está sujeta al control de Poder Legislativo y del Tribunal de Cuentas, órgano vinculado técnicamente al Congreso. Su sede institucional se encuentra en Brasilia.

---

231 <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do> (última visita 8/12/2013).

232 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm) (última visita 9/12/2013).

### **2.3.1.1. Naturaleza jurídica.**

ANATEL actuará como una Autoridad Administrativa Independiente con funciones de regulador en el campo de las telecomunicaciones y su sede se encuentra en el distrito federal (Brasilia), puede establecer unidades regionales a lo largo del territorio nacional<sup>233</sup>.

La misión principal de este regulador es promover el desenvolvimiento de las telecomunicaciones, de este modo posee una infraestructura de telecomunicaciones capaz de ofrecer a la sociedad servicios adecuados, diversificados a precios justos en todo el territorio nacional.

### **2.3.2. Agencia Nacional de la Energía Eléctrica (ANEEL)<sup>234</sup>.**

La Agencia Nacional de la Energía Eléctrica (ANEEL) es una Agencia creada para regular el sector eléctrico brasileño, nacida al amparo de la Ley n° 9.427, de 26 de diciembre de 1996 y por el Decreto n° 2.335/1997, de 6 de octubre de 1997.

Esta Agencia es controlada por el Poder Legislativo y el Tribunal de Cuentas, órgano vinculado técnicamente al Congreso de la República. Su sede institucional se encuentra en Brasilia.

#### **2.3.2.1. Naturaleza jurídica.**

Su ordenamiento positivo lo define con una naturaleza jurídica de “Ente autárquico en régimen especial, con personería de derecho público, que goza

---

233 Así quedó establecido en el artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), Ley n° 9.472, la misma que asegura las prerrogativas necesarias para el ejercicio adecuado de sus competencias.

234 Para ver más detalles de este regulador se puede obtener de: <http://www.aneel.gov.br> (última visita 9/12/2013).



de autonomía patrimonial, administrativa y financiera y, vinculada al Ministerio de Minas y Energía”.

## **2.4. Organismos Reguladores de Servicios de Red en Colombia.**

### **2.4.1. Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)<sup>235</sup>.**

La Ley n° 142, de 11 de julio de 1994, creó la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones (CRT) como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial adscrita al Ministerio de Comunicaciones<sup>236</sup>. Posteriormente, el 30 de julio de 2009, con la reestructuración del sector de las telecomunicaciones se expide la Ley n° 1341 de 2009, reemplazando dicha CRT finalmente por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC). La sede de la CRC funciona en Bogotá.

#### **2.4.1.1. Naturaleza jurídica.**

La nueva norma en mención, en su artículo 19 la define como: “[...] una unidad administrativa especial, técnica y patrimonial sin personería jurídica, adscrita para fines operacionales al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

La CRC es el órgano encargado de promover la competencia de evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad, para cuyos efectos adoptara una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientados en la Ley n° 1341 de 2009.

---

<sup>235</sup> Ver <http://www.crcm.gov.co> (última visita: 19/12/2013).

<sup>236</sup> Ver el derogado artículo 69.3 de la Ley n° 142, de 11 de julio de 1994.

#### **2.4.2. Comisión Reguladora de Energía y Gas (CREG)<sup>237</sup>.**

La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), creada mediante Ley n° 142, de 11 de julio de 1994, de Servicios Públicos Domiciliarios, en su artículo 69 la define como una unidad administrativa técnica y patrimonial y adscrita al respectivo Ministerio de Minas y Energía<sup>238</sup>. La sede de la CRC funciona en Bogotá.

##### **2.4.2.1. Naturaleza jurídica.**

La naturaleza de la CREG es sui géneris, pues se encuentra como una Unidad administrativa-técnica, con una adscripción al Ministerio de Minas y Energía y, según el Decreto N° 0381 de 2012, se ha modificado la estructura del respectivo Ministerio. De esta manera la CREG se encuentra como una unidad del Estado para fines operacionales pero con un singular radio de acción en el campo de la energía.

#### **2.5. Organismos Reguladores de los Servicios de Red en Chile.**

##### **2.5.1. Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL)<sup>239</sup>.**

SUBTEL es creada mediante el Decreto Ley n° 1.762, de 15 de abril de 1977, como organismo parte de la Administración pública chilena y dependiente del Ministerio de Transportes y – desde ese entonces – al

---

237 Ver [http://www.creg.gov.co/html/i\\_portals/index.phpLey](http://www.creg.gov.co/html/i_portals/index.phpLey) (última visita: 23/12/2013).

238 Para ver la adscripción de la CREG, al Ministerio de Minas y Energía, se puede ingresar al siguiente enlace: [http://www.minminas.gov.co/minminas/index.jsp?cargaHome=3&id\\_categoria=43&id\\_subcategoria=201](http://www.minminas.gov.co/minminas/index.jsp?cargaHome=3&id_categoria=43&id_subcategoria=201). La mencionada comisión de regulación está contenida en el capítulo III, título V, artículo 69.2, de la Ley n° 142, publicado en Diario Oficial n° 41.433, de 11 de julio de 1994, en <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/details?docId=67afa42d-a31e-4ea5-b754-10bd2de448b4&channel=%2fLeyes%2fLeyes%2f1994&subEspacio=> (última visita: 23/12/2013).

239 Ver <http://www.subtel.gob.cl> (última visita: 28/12/2013).

sector de las Telecomunicaciones<sup>240</sup>. El centro principal de SUBTEL radica en Santiago de Chile.

#### **2.5.1.1. Naturaleza jurídica.**

SUBTEL actúa como una suerte de regulador, pero de manera indirecta, bajo el lineamiento político del Ministerio de Transportes, de esta manera se cumple las funciones de SUBTEL en materia de regulación tarifaria, pero siempre dependiendo de la aprobación y firma del Ministro de la cartera de Transportes para la fijación de tarifas.

De esta manera, SUBTEL se encarga de regular el sector, pero no es propiamente un ente regulador -en su aspecto orgánico- al carecer de autonomía alguna en la toma de decisiones.

#### **2.5.2. Comisión Nacional de Energía (CNE)<sup>241</sup>.**

La CNE es creada por el artículo 1 del Decreto Ley n° 2.224, de 8 de junio de 1978, la misma que la define como<sup>242</sup>: “[...] una persona jurídica de derecho público, funcionalmente descentralizada, con patrimonio propio y plena capacidad para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones, que se relacionará directamente con el Presidente de la República”.

Ha sido modificada por la Ley n° 20.402, de 3 de diciembre de 2009, al crearse el Ministerio de Energía<sup>243</sup>. Su domicilio legal es en la capital de la República, Santiago de Chile.

---

240 Para visualizar el Decreto Ley en mención se puede consultar en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6732> (última visita: 28/12/2013).

241 Ver <http://www.cne.cl/institucional/quienes-somos> (última visita 24/1/2014).

242 DL n° 2.224, de 25 de mayo de 1978, obtenido de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6857> (última visita: 24/1/2014).

243 Ver el link: [http://www.sec.cl/sitioweb/transparencia\\_activa/julio2010/Ley\\_20402.pdf](http://www.sec.cl/sitioweb/transparencia_activa/julio2010/Ley_20402.pdf) (última visita: 24/1/14).

### **2.5.2.1. Naturaleza jurídica.**

De acuerdo al artículo 6 del Decreto Ley n° 2.224, la Comisión ha quedado como un organismo técnico encargado de analizar precios, tarifas y normas técnicas a las que deben ceñirse las empresas de producción, generación, transporte y distribución de energía, con el objeto de disponer de un servicio suficiente, seguro y de calidad, compatible con la operación más económica.

## **2.6. Organismos Reguladores de los Servicios de Red en Venezuela.**

### **2.6.1. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)<sup>244</sup> .**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) fue creada mediante Decreto n° 1826, de 5 de setiembre de 1991, como un órgano descentralizado del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Su finalidad es establecer las líneas directrices por parte del Gobierno nacional en aras de garantizar un acceso de competencia y protección de los derechos de los usuarios del servicio de telecomunicaciones. Su domicilio legal se ubica en Caracas.

---

<sup>244</sup> Ver <http://www.conatel.gob.ve/#http://www.conatel.gob.ve/index.php/principal/marcolegal> (última visita 26/1/2014).

### **2.6.1.1. Naturaleza jurídica.**

En la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT) de 2011, en su artículo 35 se define como: “[U]n instituto autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del fisco nacional, con autonomía técnica, organizativa y administrativa de conformidad con esta ley y disposiciones aplicables”.

CONATEL es el ente encargado de establecer las políticas, planes y normas aplicables en la materia en concordancia con los planes nacionales de desarrollo que establezca el Ejecutivo Nacional.

A fin de garantizar su tutela administrativa, la norma la adscribe al Ministerio de Infraestructura. Su sede se encuentra en la capital de la República, Caracas.

### **3. La Independencia de los OR sudamericanos: con énfasis al caso peruano.**

Como he mencionado en apartados anteriores, el origen histórico de los OR de los servicios de red es sumamente claro. La línea de referencia nos lleva al sistema político estadounidense, en el cual se vio la necesidad de crear Agencias al servicio del Congreso que no estén bajo el control de la mayoría política o de quien ejerza el poder de turno<sup>245</sup>. Dichas Agencias independientes se justifican ante la necesidad de tomar decisiones altamente técnicas e imparciales, que busquen el genuino interés general en lugar del beneficio de las grandes empresas –que podían distorsionar el mercado–, de funcionarios corruptos o de un populismo que solo busca beneficios electorales.

La estructura del aparato estatal estadounidense permite la creación de dicho tipo de Agencias que realizan funciones administrativas, sin estar bajo la dirección política del Poder Ejecutivo, de tal forma que la diversidad de potestades que éstas ejercen se puedan controlar y justificar de una manera más independiente. Sin embargo, este no es el caso de los sistemas inspirados en el sistema continental europeo, en los cuales la Administración central está bajo el mando del Poder Ejecutivo; este último es quien diseña las políticas públicas a seguir por todas las Administraciones. Aunque se pueda determinar un grado de independencia entre el Ejecutivo y los reguladores, éste siempre será relativo y atenuado en tanto dichas Administraciones públicas deban cumplir con una política sujeta por decisiones del Gobierno.

Los OR sudamericanos están dentro de la organización dirigida por la Administración central y, por tanto, no pueden desconocer al Presidente como máxima autoridad administrativa. En este sentido, su independencia

---

<sup>245</sup> En este sentido ver VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 147-153); (2014,172-174) y en GARRIDO FALLA, F. (2002,403-407).

se verá atenuada; sin embargo, ello no quiere decir que el Ejecutivo tendrá control excesivo sobre los reguladores, puesto que sí se prevén ciertos mecanismos que aporten a un ejercicio autónomo de sus funciones y a una organización protegida de la injerencia de intereses políticos, sobre todo de los de turno, empresas particulares (empresas operadoras); su independencia relativa puede ser suficiente para cumplir con su propósito de gestores indirectos de servicios públicos, vigilantes de las fallas de mercado y garantes de la defensa de los derechos fundamentales de los administrados y forma parte de un sistema jurídico-político llamado Estado de Derecho<sup>246</sup>.

### **3.1. Clases de Independencia de los OR sudamericanos.**

#### **3.1.1. Independencia frente al poder político.**

Los OR sudamericanos se encuentran dentro de la estructura orgánica de los correspondientes poderes ejecutivos; por tanto, como se señalaba, su independencia del Gobierno será relativa y no absoluta. Sin embargo, se busca mediante parámetros estratégicos que la organización y las funciones de éstos estén correctamente establecidas, de modo que puedan cumplir su propósito sin injerencia de los poderes de turno. Aún así, debemos tener en cuenta la especial característica que diferencia a los organismos que aquí estudiamos con respecto a las Agencias independientes anglosajonas en las cuales se inspiraron.

---

246 BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2010, 344). Asimismo sobre el éxito y la proliferación que tuvo el modelo despolitizado de regulación económica en la UE, ver en RALLO LOMBARTE, A. (2014, 199 y ss). Al respecto, este autor señala que: “[S]in embargo, más allá de las diatribas doctrinales y de la “falta de una cultura de independencia (principalmente de las administraciones públicas) y de rendición de cuentas (debido a un control parlamentario ineficaz y una intervención judicial muy débil)”, la emergencia y consolidación de Administraciones independientes en el sector económico no sólo no generó conflicto jurídico-constitucional significativo sino que, por el contrario, dando continuidad a esta “moda”, conoció un espectacular desarrollo en la primera década del siglo XXI extendiéndose a nuevos sectores económicos y a la gestión de tradicionales servicios públicos”.

Los sectores sobre los cuales actúan los OR sudamericanos están normalmente dirigidos de manera bicéfala<sup>247</sup>, esto es, existe un Ministerio a cargo del sector determinado que elabora las políticas públicas de manera específica, con un plan a cumplir y por otro lado, el regulador destinado a realizar la gestión indirecta del servicio específico. Ambas funciones deben armonizar, en tanto la actuación del aparato estatal debe ser coherente y buscar el beneficio del usuario en pos de garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del servicio. Por esto, los reguladores no pueden desconocer lo trazado por los Ministerios o Secretarías a cargo, sin embargo estas últimas no pueden interferir en el buen desempeño de la actividad regulatoria<sup>248</sup>.

Por otro lado, no sólo se busca una independencia del Presidente de la República, sino que también del excesivo control que el Parlamento puede tener sobre la actividad regulatoria, por lo que se debe empezar por el análisis de las leyes que regulan la organización y funciones del organismo regulador, al ser éstas aprobadas en el Parlamento. La mayoría política puede ejercer una indebida manipulación de los OR, ya sea haciendo deficiente su organización –no articulando una normatividad sistémica por ejemplo, u obstaculizando su funcionamiento– o ya sea, por ejemplo, estableciendo de manera vaga las atribuciones y competencias que tienen. De esta manera, las empresas de los sectores podrían escapar de una adecuada regulación, lo que terminaría perjudicando al usuario o administrado.

En síntesis, los parámetros de independencia del poder público pueden agruparse en tres grupos, aquellos de incidencia organizativa, los que

---

247 Ver la diferenciación entre ambos modelos, anglosajón y europeo continental, en HERNÁNDEZ MENDIBLE, V.R. (2009,177) y en VÍRGALA FORURIA, E. (2014, 163-168).

248 Al respecto SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003, 215) destaca el poco estudiado tópico de la autonomía de la Administración planificadora, sosteniendo que “[L]os mandatos legales de planificación y la discrecionalidad de planeamiento son dos fenómenos que, como puso tempranamente de relieve la jurisprudencia, van típicamente unidas”.



tienen incidencia funcional y en función de la materialización de las dos primeras, los parámetros con incidencia económica o financiera; pero, es pertinente dejar establecido que éstos no se limitan a fortalecer la independencia respecto del poder público, sino que también son una principal barrera frente a la intromisión de los agentes económicos externos.

### **3.1.2. Independencia institucional.**

Como primer grupo de parámetros, establecemos aquellos que otorgan una adecuada estructura orgánica al organismo regulador, mediante una normativa que ayude al establecimiento de un nivel apropiado de discrecionalidad en sus actividades, empezando por la básica composición de un organismo distanciado del excesivo control de la Administración central, pero “dentro del aparato estatal”. Es decir, el primer paso para que un regulador empiece a tener independencia orgánica es su reconocimiento como persona jurídica de derecho público con un tratamiento diferenciado de los típicos organismos descentralizados. A este último tipo de Independencia institucional también se le conoce como Independencia legal.

En este sentido, es preferible que el beneficio de la independencia del organismo sea creado mediante ley y no mediante un decreto de la Presidencia de la República, que puede terminar haciendo que el regulador se ancle dentro de la estructura de un Ministerio, restándole autonomía<sup>249</sup>.

---

249 En este mismo sentido se pronuncia VÍRGALA FORURIA, E. (2011.a, 297): “(...) la independencia de las Autoridades administrativas debe concretarse además de en su creación mediante Ley formal para que el Gobierno no pueda modificar su estatuto jurídico, en tres condiciones sin las cuales no existe, de forma que la ausencia de alguna de ellas hace que la AAI dependa del Gobierno, no tenga una capacidad de actuación propia y no plantee por ello problema alguno de constitucionalidad al ser un órgano más de la Administración General del Estado”. Las tres condiciones que menciona el autor citado son el nombramiento, el cese y las incompatibilidades respecto al cargo de los miembros del órgano directivo del organismo regulador; éstas serán desarrolladas aquí en los puntos referidos a la elección y la estabilidad de los mencionados funcionarios.

Entendida esta última como la potestad para autoorganizarse, de tal manera que el órgano director del regulador pueda emitir los instrumentos de gestión necesarios para adecuar su organización y funcionamiento a la actividad que éstos realizan. Para que el OR tenga una independencia organizativa, pueden considerarse una serie de parámetros que, a pesar de no ser establecidos exhaustivamente, consideramos mínimos para su correcta organización<sup>250</sup>.

### **3.1.3. Independencia funcional.**

En un segundo grupo de parámetros podemos establecer aquellos que buscan garantizar el ejercicio concreto de las funciones del regulador de forma independiente. Así, se debe alcanzar una independencia de la Administración Central (Presidente y Ministros), con respecto a la existencia o no de una relación jerárquica del regulador con ésta; y, por otro lado, el tipo de sujeción del regulador ante las normas, directrices o planes dictados por el Gobierno. De esta manera, el OR será más independiente, en tanto su vinculación con el Gobierno sea más flexible y en lo posible, mínima. En resumidas cuentas, debe existir una prohibición expresa que impida que se le puedan impartir directivas, instrucciones u órdenes.

### **3.1.4. Independencia personal, subjetiva.**

Está directamente relacionada con el nombramiento por parte del Gobierno de personal de reconocida trayectoria y de reconocida cualificación profesional en los asuntos relacionados con las funciones del

---

250 La misma posición que comparten VÍRGALA FORURIA, E. (2011.a, 298-302,) y BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2010,362 y ss). El último de los mencionados señala que la independencia orgánica o institucional se manifiesta de la siguiente manera:

- Personalidad jurídica.
- Entidad de Derecho público.
- Entidad que la ley la califique como independiente o que actúa independiente.
- Adscripción a un Departamento ministerial.

Organismo. A esto es necesario recalcar además que en este tipo de nombramiento, en el caso peruano, el Congreso debería ejercer la facultad de veto al candidato o postulante tal como sucede en el caso de la CNMC.

Respecto a la duración del mandato de los Directores al frente de los OR, lo ideal en el caso peruano es que debería ser más extenso (superior) que el del Presidente de la República. Esto se traduciría en:

- Límite de renovación por única vez.
- Régimen tasado de incompatibilidades.
- Participación del OR en la remoción o separación del Director.
- Intervención del Congreso de la República a través de la Comisión de la Defensa de Consumidor y OR (vía veto) para su separación y remoción.

### **3.1.5. Independencia en su organización interna.**

Este tipo de independencia descansa en su organización compleja (es decir piramidal, mixta con una serie de órganos); también un órgano de control interno es quien ejerce funciones de fiscalización y supervisión de su organización interna, así como el tema patrimonial. Además su Estatuto de organización y funcionamiento debe estar aprobado por el propio regulador.

### **3.1.6. Independencia económica y financiera.**

Los OR, para llevar a cabo sus actividades de manera independiente, no solo deben tener una organización autónoma en donde se prevean sus potestades exclusivas, sino que deben tener los recursos materiales y humanos necesarios para ejercerlas<sup>251</sup>. En este sentido es presupuesto

---

251 Y esto ha quedado evidenciado, por ejemplo, en el caso de OSIPTEL, con la renovación del contrato de concesión con Tdp S.A, quien renovó por 19 años, en 2013. Sería necesario

propio, para tener una independencia funcional y una orgánica, y en especial con respecto de la Administración Central, que se contemple en la ley de creación del OR, la obligatoriedad de asignación de recursos para éste, así como la autonomía para su autofinanciación (ingresos propios), acompañado de métodos que alejen la injerencia del Gobierno. Por lo que resumiendo esto se traduciría en:

- Presupuesto propio.
- Patrimonio propio e independiente.
- Ingresos propios.

### **3.1.7. Presupuesto dependiente.**

En el presupuesto del sector público para un determinado año fiscal, se debe determinar el correspondiente pliego presupuestario para los OR. Dicho presupuesto es, comúnmente, elaborado por el Poder Ejecutivo – mediante el Ministerio encargado de las políticas económicas–, para el caso peruano es el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), y luego aprobado por el Parlamento. En este sentido, ambos Poderes tienen la decisión final sobre los recursos económicos que tendrá un OR a su disposición.

---

adicionar 200 millones de soles adicionales a los que ya contaba. Ver entrevista con ex – Presidente de OSIPTEL <http://gestion.pe/economia/guillermo-thornberry-osiptel-necesitaria-s-200-millones-fiscalizar-telefonica-triple-presupuesto-actual-2057514> (última visita: 15/2/2013). <http://gestion.pe/economia/aspec-osiptel-repotenciado-diez-veces-poder-supervisar-telefonica-2057278> (última visita: 15/2/2014). Finalmente, para el cumplimiento de las metas gubernamentales en especial a los OR, tenemos que para el caso de OSIPTEL, se requiere supervisión de la cobertura móvil de 2500 localidades del país. Para el caso de OSITRAN, para el 2015, era necesario realizar 2500 supervisiones a las 31 concesiones de infraestructura. Otras 33 supervisiones a 2 empresas del Estado (ENAPU) y (CORPAC). Así como emitir 15 informes relacionados con fines tarifarios (fijaciones), revisiones tarifarias e informes de contabilidad regulatoria. Para el caso de SUNASS, se requiere resolver 21,000 apelaciones ante reclamos de usuarios. Ver informe completo del MEF en el siguiente enlace web [http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/0/256dd21dd02afce305257d9d005ddcbb/\\$FILE/ANA\\_JARA\\_VELASQUEZ.pdf](http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/256dd21dd02afce305257d9d005ddcbb/$FILE/ANA_JARA_VELASQUEZ.pdf) (última visita: 23/2/2015).

Para atenuar dicho control indirecto, de quién elabora y quién aprueba el presupuesto sobre el regulador, es necesario que éste, mediante su órgano directivo, tenga la facultad de, por lo menos, proponer el presupuesto que debería asignársele. Sin embargo, las fuentes de financiación del regulador pueden establecerse de tres maneras:

- Única dependiente: cuando la asignación presupuestaria que viene del Tesoro Público es la única de la que se sirve la entidad para funcionar<sup>252</sup>.
- Única independiente: cuando no se le asigna un presupuesto que viene del Tesoro Público, sino que la entidad depende sólo de los recursos que ésta misma recauda.
- Mixta: cuando se le asigna un presupuesto del Tesoro Público en función de lo recaudado independientemente, estableciendo dos fuentes de financiación<sup>253</sup>.

---

252 Un claro ejemplo de lo que se afirma líneas arriba se encuentra en la Ley N° 30281, del Presupuesto General de la República para el año fiscal 2015, publicado en el Diario Oficial El Peruano, de 4 de diciembre de 2014. Ver las Disposiciones complementarias finales y transitorias y anexos. [http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2327&Itemid=101878&lang=es](http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2327&Itemid=101878&lang=es) (última visita 20/3/2015).

- Vigésima séptima Disposición complementaria final, por la cual se autoriza, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 30225 y durante el año fiscal 2015, a celebrar convenios de encargo del procedimiento de selección con organismos internacionales a las siguientes Entidades:

a). Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), para la contratación de los servicios de supervisión y aquellos servicios que resulten necesarios para realizar dicha supervisión, relacionados con las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público de competencia del OSITRAN, en el marco del ejercicio de su función supervisora.

c). Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), para la contratación de los servicios de supervisión y aquellos servicios que resulten necesarios para realizar la supervisión de los contratos de concesión sobre servicios de saneamiento, en el marco del ejercicio de su función supervisora.

- Primera, Disposición complementaria transitoria, por la cual se señala:

Las entidades públicas que a continuación se detallan aprueban disposiciones de austeridad, disciplina y calidad en el gasto público y de ingresos del personal, que contienen necesariamente medidas en esos rubros. Dicha aprobación se efectúa conforme a lo siguiente:

e) En los organismos supervisores y reguladores de servicios públicos, mediante resolución de su titular. En materia de ingresos del personal se sujeta a lo dispuesto en esta Ley; y, en lo que corresponda, a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y sus reglamentos, aprobados en el marco de la décima disposición complementaria final de la mencionada Ley.

Considero que, a efectos de contribuir con un ejercicio continuo de una adecuada regulación independiente, el regulador debe poder proponer a la entidad encargada de elaborar el presupuesto del sector público que se le asigne un determinado monto, que varíe cada año en función de la

---

253 Un ejemplo de lo mencionado de este punto, está en la Ley N° 30372, del Presupuesto del sector público para el año fiscal 2016, de 30 de noviembre de 2015. Ver presupuestos en los pliegos (recursos directamente recaudados):

- N° 019, destinado al OSIPTEL, que asciende a la suma de S/. 82'000 000 (Ochenta y dos millones de soles).

- N° 020, destinado al OSINERGMIN, que asciende a la suma de S/. 349'481 668 (Trescientos cuarentainueve millones cuatrocientos ochenta y un mil seiscientos sesentaiocho y 00/100 nuevos soles).

- N° 021, destinado a SUNASS, que asciende a la suma de S/. 26'751 159 (Veinte seis millones setecientos cincuenta y un mil ciento cincuenta nueve y 00/100 nuevos soles).

- N°022, destinado a OSITRAN, que asciende a la suma de S/. 84'000 000 (Ochenta cuatro millones y 00/100 nuevos soles).

Obtenido de pp. 79-83:  
[https://mef.gob.pe/contenidos/presu\\_publ/sectr\\_publ/presu\\_2016/anexos/anexo\\_5.pdf](https://mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/sectr_publ/presu_2016/anexos/anexo_5.pdf) (última visita: 25/12/2015).

Del mismo modo la Ley N° 30281, Ley del presupuesto del sector público para el año fiscal 2015, 4 de diciembre de 2014, los pliegos presupuestales:

- N° 019, destinado al OSIPTEL, que asciende a la suma de S/. 96'000 000 (Noventa y seis millones y 00/100 nuevos soles).

- N° 020, destinado al OSINERGMIN, que asciende a la suma de S/. 328'446 286 (Trescientos veintiocho millones cuatrocientos cuarenta y seis mil y 00/100 nuevos soles).

- N° 021, destinado a SUNASS, que asciende a la suma de S/. 26'981 702 (Veinte seis millones novecientos ochenta y un mil y 00/100 nuevos soles).

- N° 022, destinado a OSITRAN, que asciende a la suma de S/. 66'512 505 (Sesenta seis millones quinientos doce mil y 00/100 nuevos soles).

Obtenido de pp. 79-83:  
[https://mef.gob.pe/contenidos/presu\\_publ/sectr\\_publ/presu\\_2015/anexos/anexo5.pdf](https://mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/sectr_publ/presu_2015/anexos/anexo5.pdf) (última visita: 12/12/2014).

También las disposiciones complementarias finales:

“Septuagésima Octava. Autorízase, durante el año Fiscal 2015, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a realizar modificaciones presupuestarias en el nivel institucional a favor del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, por la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios con cargo a su Presupuesto Institucional, hasta por un monto de S/. 5'232 465,00 (cinco millones doscientos treinta y dos mil cuatrocientos sesenta y cinco mil y 00/100 nuevos soles), a fin de garantizar la sostenibilidad de la supervisión de las obras de la segunda etapa de construcción del tramo Ancón - Huacho - Pativilca, de la Carretera Panamericana Norte.

Dicha modificación presupuestaria en el nivel institucional se aprueba mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el ministro de Transportes y Comunicaciones, a propuesta de este último.

Para efectos de lo establecido en la presente disposición, el pliego Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, queda exonerado de lo establecido en el artículo 73 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante Decreto Supremo N° 304-2012-EF”.

Ver;

[http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2327&Itemid=101878&lang=es](http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2327&Itemid=101878&lang=es)

recaudación del año anterior. Así, sea cuales fueren las condiciones en el mercado, el OR tiene una financiación segura del tesoro público. Por el contrario, dejar a la discrecionalidad de algún Ministerio una única fuente de financiación para el organismo atenta totalmente contra su independencia. Basta ver el presupuesto de la PCM, donde incluye el presupuesto (PIA) que se asignó en 2015 a los reguladores de los servicios públicos<sup>254</sup>.

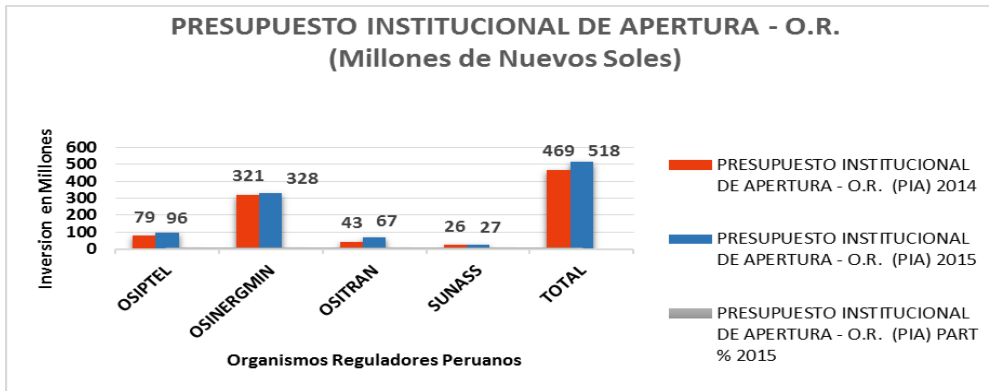
**Tabla N° 6:** Presupuesto Institucional de los OR.

PRESUPUESTO INSTITUCIONAL DE APERTURA - OR. (PIA)			
PLIEGOS DEL SECTOR	2014	2015	PART % 2015
OSIPTEL	79	96	5%
OSINERGMIN	321	328	18%
OSITRAN	43	67	4%
SUNASS	26	27	2%
TOTAL	469	518	

**Elaboración:** Propia.  
**Fuente:** El autor.

---

254 Ver las actas del pleno del Congreso de la República en su vigésima sesión, celebrada el 27 de noviembre de 2014 y la presencia de la Presidenta de la PCM, en el siguiente enlace: [http://www2.Congreso.gob.pe/sicr/RedacActas/Actas.nsf/ActasPlenoAct/05256D7B0075044305257D9D0072E6BD/\\$FILE/20-27.nov.2014.pdf](http://www2.Congreso.gob.pe/sicr/RedacActas/Actas.nsf/ActasPlenoAct/05256D7B0075044305257D9D0072E6BD/$FILE/20-27.nov.2014.pdf). (última visita: 29/12/2014). Y en clara referencia a la presentación de la ex – Presidenta del Consejo de Ministros, Ana Jara Velásquez, en la justificación de su pliego presupuestal sectorial N° 01 – PCM. p.17 [http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/0/256dd21dd02afce305257d9d005ddcbb/\\$FILE/ANA\\_JARA\\_VELASQUEZ.pdf](http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/256dd21dd02afce305257d9d005ddcbb/$FILE/ANA_JARA_VELASQUEZ.pdf) (última visita: 29/12/2014).



**Gráfico N° 2:**

Presupuesto Institucional de Apertura – OR.

**Elaboración:** Propia.

**Fuente:** El autor.

### 3.1.8. Presupuesto independiente.

Como los recursos financieros son tan determinantes para que el aparato administrativo del OR pueda funcionar, no sólo la dependencia absoluta de la asignación presupuestaria del tesoro público puede ser un inconveniente respecto de su independencia, sino que estos además pueden resultar insuficientes, aunque se le otorgue lo máximo razonable. Por esto, es de extrema necesidad que el regulador tenga una vía de financiación autónoma, de modo que no dependa en ningún caso de las decisiones presupuestarias del Poder Ejecutivo o del Legislativo.



Como ejemplo, en el Perú se ha utilizado con aparente éxito el “aporte por regulación”, estableciéndose como única fuente de financiación para cada regulador. El aporte en este caso consiste en un uno por ciento “del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito”<sup>255</sup>. De esta forma el regulador se financia con el aporte de sus propios regulados, aunque ello sea una gran ventaja con respecto a utilizar solo los recursos del Tesoro Público para financiarse, se estaría dependiendo de los ciclos económicos en el mercado.

Por tanto, se insiste en la necesidad de un método mixto para la financiación de los reguladores, de tal manera que éstos puedan actuar en cualquier caso. Aunque su sector se halle en una emergencia económica, éstos puedan tener recursos para actuar el siguiente año y seguir aplicando las medidas correspondientes. En caso contrario se pone en peligro que, por tratar de salvar a las empresas y los usuarios, se gaste mucho más de lo que se recaude, entrando en un déficit presupuestario del cual, el regulador tenga que ser auxiliado por la Administración Central<sup>256</sup>.

### **3.1.9. Administración de recursos financieros.**

Lo correspondiente a cómo obtener recursos financieros no serviría de nada si los OR no tuvieran la autonomía financiera para hacer uso

---

255 Ver artículo 10 de la Ley N° 27332, LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que también establece: “[E]ste aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas”.

256 Este ha sido el clamor de los Presidentes de los OR en su presentación en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República del Perú. Solo basta ver el punto 1 de la orden del día, de la Sexta sesión ordinaria, de 4 de noviembre de 2014. En el siguiente enlace web:

[http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/ApoyCOMISIONes/COMISION2011.nsf/2014agendasconsumidor/164EAED054719DB205257D8500738870/\\$FILE/DEFENSA.CONSUMIDOR.6%C2%B0.ORD\\_04.11.14.pdf](http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/ApoyCOMISIONes/COMISION2011.nsf/2014agendasconsumidor/164EAED054719DB205257D8500738870/$FILE/DEFENSA.CONSUMIDOR.6%C2%B0.ORD_04.11.14.pdf) (última visita: 10/11/2014). Adicionalmente en medios de prensa escrita los Presidentes de los OR declararon que se requiere más presupuesto para una mejor acción en el mercado: <http://archivo.laRepublica.pe/05-11-2014/organismos-reguladores-requieren-mas-presupuesto> (última visita: 10/11/2014).

adecuado de estos; es decir, ya teniendo los recursos, es necesario que los instrumentos de gestión y las leyes de contrataciones y adquisiciones que se apliquen al regulador le permitan gestionarse independientemente. En este sentido, se debe tener en cuenta la posibilidad de que, mediante directivas o leyes sobre la política económica del año fiscal, se obligue al regulador a tomar medidas de austeridad o similares.

Esto no quiere decir que los OR estén exentos de tomar dichas medidas a fin de mejorar la calidad de la gestión pública. Por el contrario, dichas medidas deben ser aplicadas si es necesario, pero por el propio regulador. Es decir, es el órgano directivo el que, en preservación de su independencia, debe aprobar las disposiciones de austeridad, disciplina y calidad del gasto público. De esta forma, el manejo de los recursos financieros debe realizarse de manera autónoma, pero, claro está, observando las leyes que guíen dicha función para que no exista arbitrariedad alguna.

En todo caso, es necesario prever en la ley de creación del OR que su órgano directivo tenga las facultades necesarias para llevar a cabo una buena gestión del organismo; además de tener, si éste considera necesario, una gerencia general que sea el órgano encargado de la autogestión administrativa, que ejecuta lo dispuesto por el órgano directivo. En este sentido, la división de tareas por una parte del último de estos órganos como órgano decisor y del primero, como órgano ejecutivo, establece una organización para el organismo regulador, sin dejar de lado, la facultad del órgano decisor de crear más gerencias si es necesario y justificado.

#### **3.1.10. Administración de recursos humanos.**

Al igual que en el apartado anterior, se debe tener en cuenta primero la financiación de la cual se proveerá de recursos humanos al organismo

regulador, esto es, la fijación de los ingresos de su personal. En el mismo sentido, las disposiciones sobre austeridad y gestión limitada del gasto en el pago de las remuneraciones del personal debe ser aprobado por el órgano directivo del organismo regulador. Además, se podría encargar de los procedimientos no decisorios a una gerencia de recursos humanos que trate todos los asuntos administrativos sobre el personal.

Pero existen más problemas, si bien el mínimo de personal de confianza está determinado por ley, en muchos ordenamientos la legislación que regula el servicio civil puede estar dispersa, estableciendo varios regímenes aplicables. En este caso, aunque materialmente las contrataciones por regímenes especiales pueden ser beneficiosas a corto plazo; sin embargo, a largo plazo, no se logran capacitar los técnicos de alto nivel que un OR necesita. Este tipo de entes necesita personal altamente capacitado para realizar estudios en materia económica, en la materia de sus correspondientes sectores y estudios que evalúen constantemente la necesidad de regulación.

Por ello, es necesario que la ley de contratación laboral para los OR sea una ley general estable que permita la especialización técnica en el ascenso de su personal. Pero, sin dejar de lado que es necesario tener una mención especial en dicha ley o en la ley de creación del regulador, puesto que en muchos casos será necesario asignar remuneraciones que compitan con las que existen en el sector privado. Es necesario también que establezcan excepciones que permitan al órgano directivo del regulador establecer el número de personal, etc.

En conclusión, la independencia del regulador dependerá desde la fuente de financiación, pasando por la asignación presupuestaria y la administración de dicho recurso financiero, hasta el gasto más concreto de las remuneraciones del personal especializado. Solo así el regulador puede ser económicamente independiente, auto organizándose en sus

procedimientos para contratar especialistas y trabajadores que se identifiquen con la actividad regulatoria, siendo la fuerza de trabajo el corazón de toda gestión administrativa.

### **3.1.11. Independencia frente al poder económico.**

Este tipo de parámetros son establecidos al igual que los métodos para conseguir una independencia relativa, pero suficiente, en el ejercicio de las funciones del organismo regulador, pues también inciden en mantener alejada la influencia de las empresas que ostentan un poder preponderante en el mercado del sector a regular<sup>257</sup>. Toda vez que dentro del mercado existen muchos intereses en juego, lo que pone en peligro la independencia del OR frente a los operadores regulados. Por ello, es necesario que los parámetros orgánicos y funcionales establecidos anteriormente se estructuren teniendo en cuenta la posibilidad de ejercer un control sobre las decisiones críticas del regulador.

Entonces, para que la independencia, la credibilidad y, consecuentemente, la eficacia de la actividad regulatoria se materialice es necesario que el organismo cuente con mecanismos de transparencia que muestren a los usuarios y a la comunidad que los métodos establecidos en esos parámetros cumplan su cometido. Un constante compromiso, no solo de las entidades públicas sino de las asociaciones de usuarios, previstas en el mismo ordenamiento del regulador. Además, los usuarios agrupados pueden solicitar con mayor ímpetu o presión los datos que deben estar bajo

---

257 En este sentido ver VÍRGALA FORURIA, E. (2006,168-172).

escrutinio público. De esta forma, la ley de creación del regulador debe prever facilidades para que una asociación o consejo de usuarios pueda representar a la comunidad usuaria del servicio regulado.

En conclusión, puedo advertir que el trabajo del OR debe dejar una apertura a la planificación general de la Administración Central, una cooperación con Agencias de la competencia que tengan funciones diferenciadas en el mismo sector, el respeto ético y colaborador por aportes de regulación por parte de los operadores económicos, y, finalmente, una coordinación de transparencia y rendición de cuentas con asociaciones de usuarios y consumidores. Todo ello, bajo los parámetros establecidos, puede otorgar un mínimo de independencia para que la actividad regulatoria tenga sentido, en caso contrario dicha función no tiene cabida en un Estado de Derecho<sup>258</sup>.

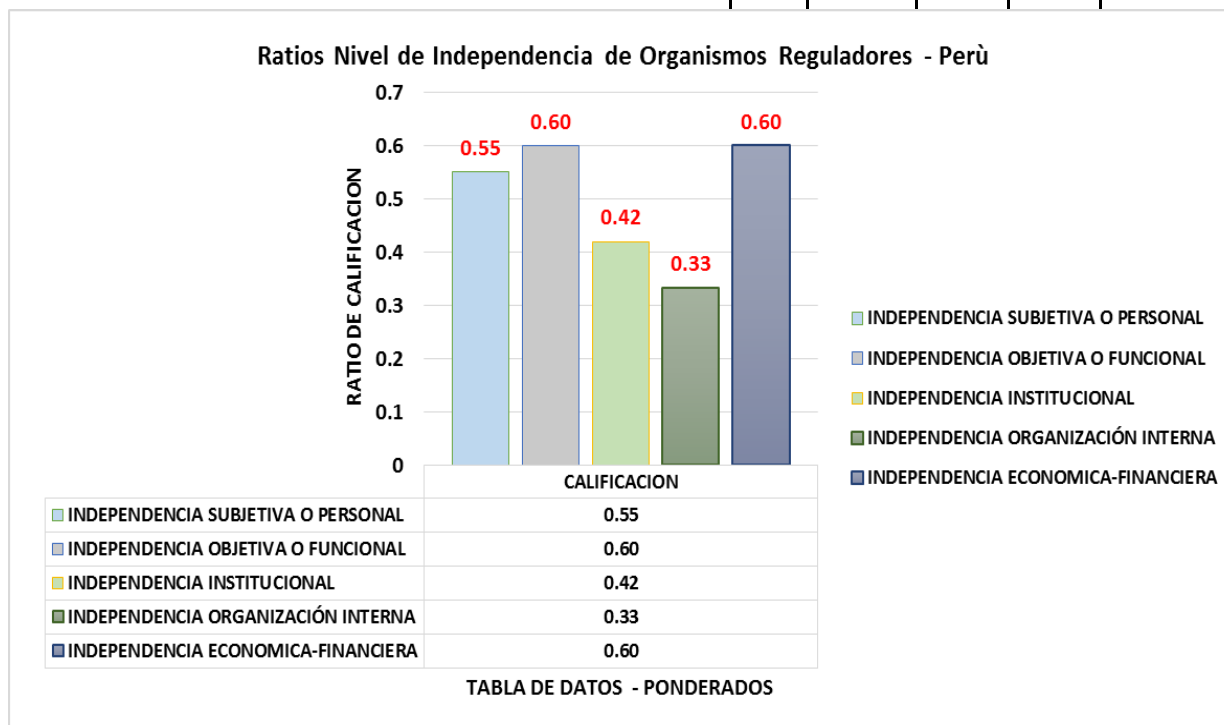
**Tabla N° 7:** Ponderaciones para medir grado de independencia de los OR.

Calificación	
Mala	0,1
Regular	0,3
Buena	0,6
Muy Buena	0,9

---

258 Ver la doctrina comparada sobre la transparencia de OR en VÍRGALA FORURIA, E. (2011,113-115).

CALIFICACION				
Mala	Regular	Buena	Muy Buena	PONDER.



Patrimonio propio e independiente				0.6		0.60
-----------------------------------	--	--	--	-----	--	------

Elaboración: Propia  
Fuente: Propia

El presente cuadro fue elaborado con la finalidad de poder medir la independencia de los OR, para lo cual se ha hecho uso de indicadores y ponderaciones ideales para poder medir los mismos, amparados en leyes, normas técnicas reguladoras en el país.

Elaboración: Propia.  
Fuente: Propia.

### 3.2. Competencia sobre el sector a regular.

Como se ha establecido en un apartado precedente, el sistema europeo ha sido “imitado”, en parte, por los sistemas sudamericanos. Tiene su incidencia en el control bicéfalo que tiene la Administración pública sobre el sector regulado. Es decir, por un lado el Gobierno tiene competencias sobre el sector y por otro, también las tiene el OR correspondiente; por tanto, las competencias serán compartidas en ciertos puntos. En concreto,

el Gobierno siempre se reservará la posibilidad de dictar las directrices y políticas públicas que deben ser tomadas siempre en cuenta por la Administración –en tanto organización unificada–, sobre el sector que debe ser regulado.

Sin embargo, esto no quiere decir que las funciones del regulador puedan ser ejercidas por el Gobierno; por el contrario, los métodos por los cuales las competencias exclusivas del regulador son fijadas serán determinantes para alcanzar una independencia relativa, pero suficiente para ejercer libremente sus actividades. Por ello, la Ley de creación del regulador debe mantener una diferenciación de la competencia del regulador, dándole la exclusividad sobre ella en razón de la materia a tratar y estableciendo de manera estricta cómo será compartida con la Administración Central u otras Administraciones públicas.

La Administración Central debe limitarse a elaborar las políticas públicas generales en torno al sector regulado o de éste como parte de un plan macro –por ejemplo–, de prestaciones de servicio público. El Ministerio competente debe, además, establecer el lineamiento de programas asistenciales y de ayuda a la labor que realiza el regulador. Junto a esto, el organismo regulador, también debe tener la competencia para elaborar su plan operativo o plan de acción que se encuadre con el plan general de la Administración Central, desarrollándose así un trabajo de cooperación y no de subordinación.

Posteriormente, otras Administraciones públicas pueden tener competencias sobre el sector a regular, en especial organismos de supervisión; por ejemplo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú. Estos organismos de vigilancia del mercado y control de los requerimientos mínimos del comercio realizan actividades muchas veces parejas con los reguladores; por ello, se debe evitar primero la duplicidad

de funciones y luego, la interferencia de éstas sobre decisiones ya tomadas por los reguladores. Es decir, debido a que el regulador tiene potestades regulatorias que pueden reestructurar las reglas del mercado, otros organismos que solo vigilan el cumplimiento de las reglas mínimas del mercado no pueden contravenir las reestructuraciones establecidas por los reguladores en sus reglamentos; además de no intervenir donde el regulador también tiene potestades de supervisión.

Con respecto a las competencias exclusivas del OR, éstas deben ser determinadas según el principio de especialidad de la organización de la Administración pública<sup>259</sup>. Por tanto, se entiende que el OR es competente para realizar sus actividades sobre el sector y la excepción es la intervención de la Administración Central en la ejecución de planes de Gobierno y otras Administraciones públicas, en torno a la supervisión de los mercados en general. La regla general consiste en que el regulador es competente para intervenir en cualquier hecho de relevancia jurídica en el cual se dude de qué Administración pública deba actuar y cuándo existe alguna laguna jurídica.

### **3.3. Función y potestades preestablecidas.**

La función regulatoria, como parte de la función administrativa, debe estar prevista expresamente en la ley de creación de los OR dejando de lado la vía constitucionalizada por la cual se sustenta el otorgamiento de dicha función con las consecuentes potestades. La naturaleza de este organismo se funda en que se le otorga una función normativa de regulación junto a potestades administrativas que forman en conjunto, una actividad administrativa *sui generis*<sup>260</sup>. Por lo tanto, es necesario que se

---

259 Para un desarrollo sistemático de este principio y la organización de las Administraciones públicas. Ver CASSAGNE, J.C. (2010,268-272).

260 MONTERO PASCUAL, J.J. (2014.a,27), afirma que es necesario utilizar un concepto de actividad administrativa regulatoria o regulación mucho más restringido, criterio que comparto, proponiendo entender a la regulación "(...) como la actividad de la administración consistente



especifiquen las potestades que se otorguen al regulador, que solo pueden ser desempeñadas por éste, en tanto sus decisiones deben ser establecidas como definitivas en instancia administrativa.

Las potestades establecidas para el OR deben estar correctamente establecidas, dando paso para que este mismo pueda dictar un manual o un Reglamento de organización y funciones con el cual concretizar y ejercer dichas potestades. Junto a la potestad de regular las tarifas de la prestación de un servicio, podemos establecer tres potestades principales que, a grandes rasgos, se les atribuyen a la mayoría de los OR en Sudamérica:

- Potestad normativa: consiste, primero, en la facultad del órgano director del organismo en dictar los reglamentos organizativos correspondientes para que éste pueda llevar a cabo su función reguladora. En segundo lugar, se identifica una función normativa de regulación, por la cual el organismo, por medio de su órgano director, puede dictar reglamentos cuasi autónomos para la intervención económica indirecta en los sectores a regular.
- Potestad supervisora: consiste en la vigilancia y control de las reglas de juego del mercado y las reglas reestructuradas por el propio regulador para establecer un mercado competitivo o a servicio del usuario. En consecuencia, supone una potestad sancionadora en caso

---

en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración”. Es necesario agregar que la actividad de regulación se puede manifestar mediante el dictado de reglamentos cuasiautónomos que reestructuren las reglas de juego de los mercados, haciéndolos más competitivos o eficientes, o mediante la aprobación o fijación de las tarifas de los servicios regulados; en todo caso, es necesario que la actividad regulatoria se componga de, por lo menos, la emisión de normas técnicas –sin naturaleza reglamentaria–, puesto que la actividad regulatoria variará en cada ordenamiento jurídico. En este sentido ver PIMIENTO ECHEVERRI, J. (2013,26-27).

de que se infrinjan las reglas preestablecidas en las leyes o reglamentos que rigen el sector determinado.

- Potestad cuasi jurisdiccional<sup>261</sup>: consiste en la resolución de conflictos que puedan sucederse entre empresas o entre éstas y usuarios, mediante la cual se busca sancionar a una empresa infractora o decidir una incertidumbre jurídica.

En conclusión, el OR debe tener una fuerte capacidad de decisión sobre el sector que va a regular, teniendo como mínimo su potestad normativa y la de regular tarifas del servicio para ser considerado como tal, además de, si tiene las demás potestades descritas, poder coordinar con las demás Administraciones públicas para que no se lleve a cabo algún acto que ponga en duda la vigencia de las decisiones del regulador<sup>262</sup>. En consecuencia, debe excluir cualquier directiva de la Administración que busque desconocer la legalidad de sus resoluciones y reglamentos que no pueden ser revisados por otra instancia administrativa alguna.

#### **4. Estatuto jurídico: la organización de los Organismos Reguladores.**

De conformidad a lo dispuesto en el inciso 6.1 del artículo 6 de la LMOR en el Perú, al igual que sus similares en España, se establece una estructura casi uniforme al igual que otros países sudamericanos, pues poseen un órgano de dirección, una presidencia del mismo que ejecuta los

---

261 Entendemos que los OR, de manera estricta, no tienen jurisdicción administrativa; en el mismo sentido ver GORDILLO, A. (2003,12-13).

262 Hay que tener en cuenta la evolución de la teoría de la discrecionalidad administrativa. Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003,220-221), define a la discrecionalidad administrativa como “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado; ésta “no significa libertad de elección”. “[L]a Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada”. Recordando, por último, que dichos parámetros no solo están establecidos en la ley, sino que también en la Constitución. “(...) en particular, los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad (...)”.

acuerdos adoptados de parte del colegiado, el cual está compuesto por un número impar de miembros, así como un órgano de control institucional.

Este Estatuto jurídico (Reglamento interno), es expedido por el mismo Ente, el mismo que permite efectuar el control o supervisión de las actividades propias del regulador, así como su interacción con los sujetos, fundamentalmente privados, que actúan en sectores económicos o mercados en el que esté presente un interés público superior. El mencionado Estatuto coadyuva al buen funcionamiento de los mercados y constituye una garantía de los derechos de los ciudadanos a su acceso universal.

La estructura orgánica de cada OR se rige por su Reglamento de Organización y Funciones, es decir cada OR tiene su propia organización<sup>263</sup>. Sin embargo hasta cierto punto presentan una similitud en cuanto a su organización, por ejemplo en cuanto a la Alta Dirección, Órgano de control interno, Gerencia General, Tribunal de controversias y cuerpos colegiados, como se verá a continuación:

- Consejo Directivo.
- Órgano de Control Interno.
- Presidencia.
- Gerencia General.
- Tribunal de Solución de Controversias.
- Cuerpos Colegiados.
- Los demás órganos que determine el Consejo Directivo.

---

263 La organización interna de los OR peruanos descansa en sus estatutos de organización y funcionamiento. Para OSIPTEL, el Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, aprueba modificación al Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, de 3 de diciembre de 2010. Para OSINERGMIN, la Resolución de Consejo Directivo – OSINERG N° 459-2005-OS-CD, de 20 diciembre de 2005 y sus modificatorias. Para OSITRAN, el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, de 24 de julio de 2006. Para SUNASS, el Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, de 21 de febrero de 2001.

## **5. Parámetros para ser considerado como regulador y características comunes entre los OR sudamericanos<sup>264</sup>.**

Los parámetros de los “entes” considerados como reguladores se pueden establecer tanto en Europa como en Sudamérica, manifestándose de modo uniforme, en donde se conjugan: potestad de regulación tarifaria; potestad normativa; naturaleza jurídica; tipo de constitución de su órgano decisor; elección del Consejo Directivo, su permanencia en el cargo; conjunto de potestades y funciones asignadas; y, finalmente, su independencia económica-financiera. Cuando todos ellos se presentan en el “ente”, podemos decir que estamos al frente de un OR.

---

264 Ver VÍRGALA FORURIA, E. (2011,5-13). Coincidentemente en ese mismo sentido se puede consultar a VALENCIA MARTIN, G. (2008, 407-409) y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (2009, 167-176) quienes establecen características generales de los entes reguladores para ser considerados como tales, como son la especialización técnica, potestad de regulación tarifaria, deliberación de controversias, conocedores del sector, independencia estructural entre otras.

**Tabla N° 8: Parámetros para ser considerado un Organismo Regulador – Descripción**

PAÍS	AGENCIA	¿ES UNA AGENCIA REGULADORA?		VERDADERA NATURALEZA	¿TIENE AUTONOMÍA?								
		POTESTAD DE REGULACIÓN TARIFARIA	POTESTAD NORMATIVA DE REGULACIÓN		DIRECTORIO			POTESTADES EN EL SECTOR		INDEPENDENCIA ECONÓMICA			
					ESTRUCTURA DEL ÓRGANO	ELECCIÓN DEL CARGO	ESTABILIDAD EN EL CARGO	COMPETENCIA EN EL SECTOR	FUNCIONES PREESTABLECIDAS	PRESUPUESTO DEPENDIENTE	PRESUPUESTO INDEPENDIENTE	RECURSOS HUMANOS	RECURSOS FINANCIEROS
ARGENTINA	CNC	NO	NO	ORGANISMO SUPERVISOR	-			-		-			
	ENRE	SÍ	SÍ	AGENCIA REGULADORA	COLEGIADO	PROCEDIMENTAL-POR EL PODER EJECUTIVO NACIONAL	PERÍODO ESTABLE - 5 AÑOS, EN SISTEMA DE MANDATOS ESCALONADOS	COMPARTIDA	REGULADORA Y SUPERVISORA	PROPUESTO AL PODER EJECUTIVO NACIONAL - LIMITADA	FONDO NACIONAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA	NORMATIVA REGULAR-PRIVADA	AUTÓNOMA
BRASIL	ANATEL	SÍ	SÍ	AGENCIA REGULADORA	COLEGIADO	POR LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- CON CONSENTIMIENTO DEL LEGISLATIVO	PERÍODO ESTABLE - 5 AÑOS, EN SISTEMA DE MANDATOS ESCALONADOS	COMPARTIDA	REGULADORA, SUPERVISORA Y ARBITRAL	PROPUESTO AL PODER EJECUTIVO NACIONAL - ILIMITADA	FONDO DE FISCALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES	AUTÓNOMA	AUTÓNOMA
	ANEEL	SÍ	SÍ	AGENCIA REGULADORA	COLEGIADO	POR LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- CON CONSENTIMIENTO DEL LEGISLATIVO	PERÍODO ESTABLE - 4 AÑOS, EN SISTEMA DE MANDATOS ESCALONADOS	COMPARTIDA	REGULADORA, SUPERVISORA Y ARBITRAL	MEDIANTE "CONTRATO DE GESTÃO" CON EL MINISTERIO	RECAUDACIÓN POR TASA DE FISCALIZACIÓN DEL SERVICIO	MIXTA: REGULAR Y AUTÓNOMA	AUTÓNOMA
COLOMBIA	CRC	SÍ	SÍ	AGENCIA REGULADORA	COLEGIADO	POR LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	SÓLO EXPERTOS: PERÍODO ESTABLE - 3 AÑOS	COMPARTIDA	SUPERVISORA Y ARBITRAL	DESIGNADO POR EL PODER EJECUTIVO	RECAUDACIÓN POR CONTRIBUCIÓN A LA COMISIÓN	NORMATIVA REGULAR	AUTÓNOMA
	CREG	SÍ	SÍ	AGENCIA REGULADORA	COLEGIADO	POR LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	SÓLO EXPERTOS: PERÍODO ESTABLE - 4 AÑOS, EN SISTEMA DE MANDATOS ESCALONADOS	COMPARTIDA	SUPERVISORA Y ARBITRAL	PROPUESTO AL GOBIERNO NACIONAL - ILIMITADA	RECAUDACIÓN POR CONTRIBUCIÓN A LA COMISIÓN	AUTÓNOMA	AUTÓNOMA
CHILE	SUBTEL	NO	NO	SUBSECRETARÍA DE MINISTERIO	-			-		-			
	CNE	NO	NO	ORGANISMO TÉCNICO DE APOYO	-			-		-			
PERÚ	OSIPTEL	SÍ	SÍ	AGENCIA REGULADORA	COLEGIADO	POR EL PODER EJECUTIVO	PERÍODO ESTABLE - 5 AÑOS	COMPARTIDA	REGULADORA, SUPERVISORA Y ARBITRAL	PROPUESTO A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS	RECAUDACIÓN DE APOORTE POR REGULACIÓN Y FONDO DE INVERSIÓN DE TELECOMUNICACIONES	NORMATIVA REGULAR-PRIVADA	AUTÓNOMA
	ORSIGERMIN	SÍ	SÍ	AGENCIA REGULADORA	COLEGIADO	POR EL PODER EJECUTIVO	PERÍODO ESTABLE - 5 AÑOS	COMPARTIDA	REGULADORA, SUPERVISORA Y ARBITRAL	PROPUESTO A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS	RECAUDACIÓN DE APOORTE POR REGULACIÓN	NORMATIVA REGULAR-PRIVADA	AUTÓNOMA
VENEZUELA	CONATEL	NO	NO	ORGANISMO SUPERVISOR	-			-		-			
	CORPOELEC	NO	NO	EMPRESA ESTATAL	-			-		-			

**Elaboración: Propia**  
**Fuente: Propia**

## 6. Similitudes entre los OR.

Una mayoría significativa de los OR sudamericanos presentan similitudes estructurales, toda vez que la mayoría de los entes estudiados conforman una estructura piramidal en su organización, un colegiado como órgano de dirección, que posee un número impar de directores; del mismo modo presentan un periodo análogo de mandato, régimen de cese y de incompatibilidades y, finalmente, admiten la posibilidad de reelección de los directores.

**Tabla N° 9:** Relación de los OR, número de directores, periodo de mandato, posibilidades de reelección.

PAÍS	Organismos Reguladores	N° DIRECTORES	PERÍODO DE MANDATO	REELECCIÓN
ARGENTINA	ENACOM ExComisión Nacional de Comunicaciones (CNC)	8	5 años	1 sólo período adicional
	Ente Nacional Regulador de la	5	5 años	Sí

	Electricidad (ENRE)			
BRASIL	Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL)	5	5 años	No (No menciona, no se puede)
	Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL)	5	4 años (2 directores) y 3 años (director general y dos directores)	No (No menciona, no se puede)
COLOMBIA	Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC)	5	3 años (3 comisionados), otros 2 por exclusiva confianza	No (No menciona, no se puede)
	Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG)	8	4 años (5 expertos), otros 3 por exclusiva confianza	Sí (expertos)
CHILE	Superintendencia de Telecomunicaciones (SUBTEL)	1	Exclusiva confianza	No
	Comisión Nacional de Energía (CNE)	1	Exclusiva confianza	No
PERÚ	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)	5	5 años	1 sólo período adicional
	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN)	5	5 años	1 sólo período adicional
VENEZUELA	Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)	5	Libre nombramiento y remoción	No
	(CORPOLEC)	SECTOR DE ENERGÍA ESTATIZADO		

**Elaboración:** El Autor.

**Fuente:** Legislación sectorial de cada país.

## 7. Controles sobre los OR sudamericanos.

La independencia relativa que se debe otorgar a los OR debe ser suficiente para que su actividad se realice eficazmente, sin injerencia de los poderes políticos o de los operadores predominantes en los mercados. Sin embargo, ello no quiere decir que estos organismos no puedan ser objeto del control por órganos legítimamente autorizados para ello<sup>265</sup>. Se había adelantado que es necesario establecer vías de control de la comunidad de usuarios, estableciendo los mecanismos de transparencia necesarios, pero ello no basta en lo que concierne al control al cual está sujeta toda actividad administrativa en un Estado de Derecho. Sin dejar de lado que,

265 Al respecto de los controles de la Administración en general, SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003,225) afirma que “[L]a autonomía o independencia de la Administración se debe corresponder con un sistema de controles administrativos adecuado a aquella”. Como señala SCHEUNER (citado por SCHMIDT-ASSMANN, E), “la responsabilidad y el control constituyen dos elementos esenciales de todo ordenamiento constitucional democrático”.

como estos organismos necesitan de independencia para actuar, se debe establecer entonces un equilibrio entre el control que se dan a sus actividades y la discrecionalidad independiente que hemos fundamentado.

Establecemos una clasificación de los diferentes controles que se puedan dar<sup>266</sup>, sin ánimo de agotar todo mecanismo que pueda existir en los ordenamientos jurídicos sudamericanos, según el órgano facultado para ello.

### **7.1. El control parlamentario.**

El Parlamento, en un Estado de Derecho, tiene la función de fiscalizar al Gobierno y a las Administraciones públicas realizando un control político sobre sus actividades. Así se desprende de lo expuesto en el artículo 97 de la CPP<sup>267</sup>.

No obstante, los mecanismos de control más conocidos y estudiados son aquellos que recaen sobre los Ministros y demás funcionarios con cargos políticos, como son la interpelación o la censura. La fiscalización del Parlamento recae sobre todos los organismos públicos, en el caso de los OR normalmente llega de manera atenuada y con la finalidad de solicitar informes, investigar o conocer la situación del sector que se está regulando<sup>268</sup>. En concreto mencionamos los siguientes.

---

266 Otra clasificación respecto a los controles de los OR de las telecomunicaciones en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (2009, 215-221).

267 Artículo 97 de la CPP señala: “El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las Comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial”.

Para el cumplimiento de sus fines, dichas Comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales”.

268 Ver, respecto al control parlamentario de las Administraciones públicas, y con especial mención del caso peruano, ABRUÑA PUYOL, A. (2010,140-141). También RUBIO CORREA, M. (2012,177) resalta que la Comisión parlamentaria de Investigación podría levantar el secreto bancario y la reserva tributaria, entre otras medidas, pero con la única excepción de que no afecte a la intimidad personal, pues este derecho está protegido en la CPP en el artículo 2 inciso 5. Para mayor profundidad, el aún proyecto de Ley N° **2466/2012-CR**, que obliga a que los OR informen anualmente al Congreso de la República sobre el cumplimiento de sus



### 7.1.1. Procedimientos de investigación por parte del Parlamento.

El Parlamento, como órgano que representa y dirige los intereses de la Nación, no solo puede realizar investigaciones sobre acusaciones constitucionales a parlamentarios, ministros, expresidentes u otros funcionarios en cargo o que ya lo hayan dejado. En el caso peruano, de acuerdo al artículo 87 del Reglamento del Congreso de la República, tiene legítimo interés en analizar cualquier asunto de interés público<sup>269</sup>. En este

---

funciones, de 16 de julio de 2013, cuyo artículo único obliga a los Presidentes del Consejo Directivo o Jefes Institucionales de los OR (OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN, SUNASS) a informar sobre las funciones asignadas a su cargo. Ver expediente digital: [http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/0/0b6f2e6200a9f95d05257baa0062d2c0/\\$FILE/PL02466160713.pdf](http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/0b6f2e6200a9f95d05257baa0062d2c0/$FILE/PL02466160713.pdf) (última visita: 24/7/2013). El mencionado proyecto de ley (2466/2012-CR) en la actualidad ha sido fusionado en un solo texto sustitutorio recogiendo los aportes de otros proyectos – a modo de - fortalecimiento institucional de los OR [me refiero a los proyectos de Ley números **330/2011-CR**, (Ley que propone modificar el artículo 6 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los OR de la Inversión Privada de los Servicios Públicos, referente a la designación de los miembros del consejo directivo, de 10 de julio de 2011); **878/2011-CR**, (Ley de fortalecimiento de los OR de los servicios públicos, de 3 de setiembre de 2012); **1056/2011-CR**, (Ley que propone el fortalecimiento en la regulación de los servicios públicos con la finalidad de promover la eficiencia en la estructura administrativa, funcional, técnica, económica y financiera de los OR, de 5 de marzo de 2012); **2074/2012-CR**, (Ley que garantiza el cumplimiento de la sanciones pecuniarias impuestas por los OR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, de 4 de abril de 2013); **3558/2013-CR**, (Ley que faculta a los OR a sancionar a las empresas bajo su supervisión que presten un servicio idóneo a los usuarios de manera particular, de 6 de mayo de 2014)], el referido texto sustitutorio (refundido) fue agendado en el punto 5 de la Décima primera sesión ordinaria de la Comisión de Defensa del Consumidor y OR de los Servicios Públicos, de 1 de diciembre de 2015, el mismo que no fue debatido por razones de tiempo, sugiriéndose ser pospuesto para el segundo periodo ordinario de sesiones (1 de marzo a 15 de junio de 2016). Ver, [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/02agendcomxfec/8A5153F6DDB3D7E305257F0D00793FE2/\\$FILE/DEFENSA.CONSUMIDOR.11%C2%B0.ORD\\_01.12.15.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/02agendcomxfec/8A5153F6DDB3D7E305257F0D00793FE2/$FILE/DEFENSA.CONSUMIDOR.11%C2%B0.ORD_01.12.15.pdf) (última visita: 16/03/2016).

269 Cualquier congresista puede pedir a los Ministros, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca y Seguros, a los Gobiernos regionales y locales y a todos los demás organismos del sector público, los informes que estime necesarios para el ejercicio de su función. Esta atribución no autoriza a solicitar información sobre procesos judiciales en trámite, salvo que sea pública o el juez o fiscal o la Sala que conoce el asunto acceda a entregar la información, bajo su responsabilidad y siempre que se lo permitan las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público y las normas procesales vigentes. La solicitud se hace por escrito fundamentado y preciso. El congresista obligatoriamente debe dirigir copia del oficio conteniendo el pedido a la Mesa Directiva. Si dentro de los quince días posteriores el Ministro no responde, la Mesa Directiva procede a la reiteración de la solicitud. Transcurridos siete días después de la reiteración, el Ministro o el funcionario requerido está obligado a responder personalmente, según

sentido, las investigaciones que realice el Parlamento deben respetar el debido proceso, estableciéndose una Comisión estable para ello y que culmine en la formulación de propuestas de solución a los problemas, proyectos de ley, recomendaciones a los organismos públicos, etc.

Por ello, los miembros del órgano directivo del OR, como funcionarios a cargo de dicha entidad, están sujetos a ser invitados a dicha Comisión de Investigación y tienen la obligación de comparecer ante esta Comisión, a ser interrogados mediante cuestionarios pertinentes a temas de su competencia y a brindar la información que necesite dicha Comisión para esclarecer los hechos bajo investigación. En estos casos, previa autorización del pleno del Parlamento, cabría la posibilidad de levantar la reserva de la información antes descrita. Sin embargo, solo cabe la posibilidad de brindarla a la Comisión para efectos de la investigación, en sesiones reservadas, y cabría responsabilidad para los miembros de ésta si algún documento es filtrado indebidamente.

Un punto de mención aparte consiste en que la Comisión Investigadora se establezca con el objeto de hacer comparecer a uno de los miembros de un órgano directivo de un OR en calidad de investigado. Las investigaciones que realicen estas Comisiones pueden establecerse en relación a que uno de estos funcionarios haya realizado, presuntamente, un delito o una infracción laboral en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, al no estar bajo inmunidad alguna, no se debe entender como una fase prejudicial, sino como una investigación distinta, de carácter

---

corresponda y lo determine el Consejo Directivo, ante el Pleno o ante la comisión ordinaria, vinculada con el asunto motivo del pedido. Mensualmente, se publica la relación de los Ministerios o entidades de la Administración que hubieren incumplido con responder.

Los Vicepresidentes del Congreso no firmarán los oficios que contengan solicitudes de información que no se refieran a asuntos de interés público y de utilidad para el ejercicio de la función de Congresistas. Tampoco procederán los que contengan ruegos o peticiones de privilegios o favores.

La Mesa Directiva del Congreso publica los pedidos de los congresistas y las respuestas de los Ministros o funcionarios requeridos en un boletín trimestral especial, que también difunde las preguntas, respuestas y repreguntas producidas en las estaciones de preguntas y respuestas del último trimestre. Ver el texto íntegro del reglamento en: [http://www4.congreso.gob.pe/documentos/reglamento\\_congreso\\_15-8-12.pdf](http://www4.congreso.gob.pe/documentos/reglamento_congreso_15-8-12.pdf) (última visita: 24/3/2015).

político. Ésta solo puede terminar con unas conclusiones aparentes sobre la responsabilidad del funcionario, remitiendo todo lo actuado al Ministerio Público si del informe, que debe ser aprobado en pleno, se deduce que el delito ha de imputársele al funcionario.

Sin embargo, de dicha investigación política, se debe dejar de lado la posibilidad de que se puedan aplicar sanciones como la del despido o separación de sus funciones al funcionario, esto es, que es oportuno no establecer, como motivo de cese de funciones de un directivo del OR, un informe desfavorable de una Comisión de Investigación del Parlamento. Por el contrario, una sentencia firme del órgano jurisdiccional competente que imponga una sanción por algún delito sí puede ser un fundamento para separar al directivo de sus funciones; en caso contrario, el Parlamento tendría un control excesivo sobre el órgano directivo del regulador, pudiendo, mediante una cantidad de votos, cesar a sus miembros. En consecuencia, dichas Comisiones deben limitarse a recomendar la denuncia respectiva y otorgar al Ministerio Público-Fiscalía de la Nación lo investigado por ésta, dando publicidad al caso para que la opinión pública y los usuarios sepan de los sucesos.

#### **7.1.2. Solicitud de información al Organismo regulador.**

Todos los parlamentarios, en ejercicio de sus atribuciones de control político, deben poder solicitar a los miembros del órgano directivo del OR la información sobre sus actividades, la memoria anual o algún otro instrumento que resuelva dudas sobre el correcto ejercicio de sus funciones. Sin embargo, no cabe la posibilidad de solicitar cualquier documento sin fundamentación alguna o verbalmente. Por el contrario, las solicitudes de información deben contener las causas detalladas que llevan al legislador a pedir la información que necesite. Además tenemos que excluir cierta información que, de publicarse o de ser de conocimiento de cualquier persona fuera del órgano directivo, ponga en riesgo la actividad regulatoria; por ejemplo, actas de debates que aún no llegan a una decisión y deban estar en reserva, los datos sobre planes de vigilancia que deben

ser espontáneos, estadísticas económicas que indebidamente pueden beneficiar a algún operador económico en concreto, etc.

Se reitera, por tanto, que este mecanismo de control político debe estar en equilibrio con la independencia que tiene el OR. Por ello, la solicitud de información no puede entenderse como una orden de un superior jerárquico, sino que éste debe ser un método de cooperación con un órgano legitimado democráticamente, para que este último pueda estar en conocimiento de las actividades y últimos detalles sobre el sector regulado para que el parlamentario solicitante pueda proponer algún proyecto de ley en mejora del sector, por ejemplo.

## **7.2. Control por parte de la opinión pública.**

### **7.2.1. Control ciudadano.**

Finalmente, volvemos a destacar la importancia del control sobre los OR ejercido por las asociaciones de usuarios y de los ciudadanos, como usuarios de servicios públicos o titulares de derechos fundamentales que les garantiza una pronta prestación de calidad<sup>270</sup>. En estos casos, existen dos maneras por las cuales se puede ejercer una vigilancia y control

---

270 Una de las más emblemáticas asociaciones de consumidores es la Asociación Peruana de Consumidores (ASPEC), una persona jurídica civil sin fines de lucro, gestada por un grupo de consumidores y usuarios en 1994. Su único objetivo de defender los derechos de sus asociados y de quienes acuden en busca de sus servicios. ASPEC actúa en diversos campos, tales como alimentación, salud, servicios públicos, transporte, educación, productos y servicios en general, entre otros. Ver su web: <http://www.aspec.org.pe/> (última visita: 27/3/2015).

ciudadanos sobre estos organismos: uno, a partir de los mecanismos generales de transparencia y control de la Administración pública; y otro a partir de los mecanismos especiales establecidos en la ley de creación del OR o de la ley general de sector regulado.

En el primer caso, es necesario referirnos a las leyes de control y participación ciudadana sobre la Administración pública en general, puesto que éste será el primer medio por el cual los usuarios podrán solicitar la información pública que necesiten y fiscalizar particularmente la actuación del regulador. Sin embargo, es necesario que las formalidades, para este caso de alto interés general, de las solicitudes de información y de orientación se flexibilicen para poder ejercer el control ciudadano de una manera más rápida y eficiente.

En el segundo caso, las leyes especiales de la materia deben prever no solo el control directo de los usuarios sobre el regulador, sino la participación de estos dentro del organismo. De esta manera, es de vital importancia constituir una asociación o consejo de usuarios, institucionalizado conforme a una ley, la del propio organismo regulador, que le otorgue las funciones de fiscalización popular en representación de todos los usuarios, puesto que es más ventajosa la existencia de tal asociación de manera permanente al tener una vigilancia continua que el usuario común no podría hacer. Además, es necesario que su conformación orgánica y sus representantes tengan una estructura similar al del órgano directivo del OR buscando su independencia.

### **7.2.2. Control por parte de los medios de prensa.**

En los diversos países sudamericanos, donde están implantados los OR, el papel de los medios de comunicación especializados, tanto de prensa escrita como televisada, es fundamental, pues sirven como mecanismo de supervisión y fiscalización sobre la actuación de los reguladores, tanto a nivel interno como externo. Constituyen un aparato de presión y de formación de opinión ante la ciudadanía.

## **7.3. Control Judicial.**

### **7.3.1. Impugnación en sede contenciosa-administrativa.**

Toda resolución de instancia administrativa está sujeta a impugnación en vía judicial. Dicha impugnación abriría un proceso contencioso-administrativo a causa de que presuntamente se haya vulnerado algún derecho del administrado. Siguiendo este razonamiento, las decisiones de los OR que afecten los derechos de algún administrado dan oportunidad a éste a que ejerza una acción contenciosa-administrativa y busque la tutela de sus derechos ante el órgano jurisdiccional correspondiente<sup>271</sup>. De esta forma los actos administrativos, mediante los cuales el OR fije o apruebe las tarifas correspondientes a la prestación del servicio, pueden ser impugnados en vía judicial. También lo son las resoluciones que busquen poner fin a incertidumbres jurídicas o a conflictos entre operadores del mercado, dictadas por el Tribunal administrativo del regulador<sup>272</sup>.

El control de legalidad que ejercen los órganos jurisdiccionales es compatible y necesario en un Estado de Derecho en el cual actúan los OR. Se puede debatir, entonces, qué órgano jurisdiccional debe ser competente para revisar los actos de los reguladores, no estableciéndose diferencia alguna con los demás actos administrativos o previendo un tratamiento

---

271 Respecto a la finalidad del proceso contencioso-administrativo, nos remitimos a PRIORI POSADA, G. (2007,67), extrayendo los siguientes fundamentos: "1. El Estado constitucional y el principio de constitucionalidad pues en dicho modelo se concibe que la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos se encuentran sometidos, aunque de diversa forma, a la ley y en última instancia a la Constitución. 2. Los derechos fundamentales, pues cualquier acto derivado del Estado que pretenda vulnerarlos supondrá un acto que afecta principios básicos de la colectividad. 3. La necesidad de control entre los diversos órganos del Estado ya que el proceso contencioso permite el control inter-orgánico entre los diversos detentadores de poder de la gestión estatal y, 4. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la medida que existe la necesidad que el Estado garantice a los particulares, el acceder a los órganos jurisdiccionales para que se tutelen sus derechos frente a una actuación administrativa que no se halla conforme a derecho".

272 Que en este caso son el Tribunal de Solución de Controversias (TSC)-OPSITEL, TSC-OSINERGMIN, TSC-OSITRAN y, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos (TRASR) de SUNASS.

especial designando un órgano de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial. La intervención de los órganos jurisdiccionales no se limitará a un simple control jurídico que anulará lo dispuesto por el regulador<sup>273</sup>, sino que, al tutelar efectivamente los derechos del administrado, dispondrá de medidas de obligatorio cumplimiento para el regulador para que el administrado ejerza sus derechos. Es decir, el órgano jurisdiccional puede sustituir el acto administrativo por una decisión suya, de tal manera que éste termine actuando como organismo regulador, aparte de que en materia cuasi jurisdiccional el órgano jurisdiccional puede suplir por decisión propia la solución que considere realmente jurídica y conveniente en tutela efectiva de los derechos de uno de los administrados<sup>274</sup>.

Por tanto, debe tenerse en cuenta de que si se dan los últimos supuestos, se debe establecer como requisito indispensable de dicha decisión jurisdiccional, el asesoramiento técnico externo e independiente (de los intereses económicos en juego), para que el órgano pueda tomar una decisión jurídicamente correcta; y, al estar la independencia del regulador en juego, se crea necesario que la revisión de sus decisiones debe recibir un tratamiento especial. Esto es, el órgano jurisdiccional encargado de revisar las decisiones del regulador, en ejercicio de sus actividades más importantes, debe ser diferente al normalmente establecido para la revisión de la actividad administrativa y establecerse en las normas referidas al proceso contencioso-administrativo un órgano de mayor jerarquía para ello, previéndose, asimismo, quién debe tomar una decisión final ante los casos de apelación u otros recursos impugnatorios<sup>275</sup>.

---

273 Ver en EGÚSQUIZA MORI, M.L. (2010,10-12).

274 Sobre la problemática que esta tutela judicial plantea, PAREJO ALFONSO, L. (2008,122-127), señala que "(...) el Poder Judicial asume, pues, crecientemente un papel que no le corresponde y las decisiones sociales se sitúan en un locus inidóneo, con la consecuente distorsión del orden de responsabilidades y apoderamientos de decisión establecido por la Constitución [...]". Esta dinámica lleva a este (el juez) a tener no solo que corregir las infracciones del orden jurídico del poder Ejecutivo, sino que pronunciarse, decir positivamente – incluso en sustitución de dicho poder– la solución procedente en el caso". Para entender esta problemática ver en SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003, 240-247).

275 Como se ha de advertir, el tópico de los controles sobre los OR nos lleva directamente a la discusión sobre la aplicabilidad y vigencia normativa del principio de separación de poderes, en

### 7.3.2. Garantías constitucionales.

El proceso contencioso-administrativo no sería la única vía para conocer de actos administrativos del organismo regulador, sino que, como muchos ordenamientos sudamericanos han previsto, se tienen a disposición de los administrados las garantías constitucionales. Se debe tener en cuenta la posibilidad de recurrir a la acción de amparo. Por ejemplo, en el caso argentino<sup>276</sup> se podría interponer amparo ante los actos de un OR que no se correspondan con el fomento de la libre competencia, afectando el interés del administrado como operador económico débil en el mercado. Sin embargo, se debe tener en cuenta si la vía judicial del contencioso-administrativo puede suplirla; en el supuesto citado, dependería del Juez constitucional analizar el caso o no, estableciendo que se ha restringido concretamente un derecho fundamental, siendo la vía de la jurisdicción constitucional más idónea que la del contencioso administrativo, aunque también puede observarse una extrapolación que debe ser mejor regulada por el ordenamiento<sup>277</sup>.

---

especial debido a que el Poder Judicial, ya sea vía del proceso contencioso-administrativo o de las garantías constitucionales, se rige en el Estado Constitucional y Social de Derecho como la vía más rápida para exigir la defensa de los derechos fundamentales de los usuarios y las empresas. Sin embargo, ello incide negativamente en la eficacia, independencia y razón de ser de, entre otros casos, los OR, teniendo en cuenta que si se siguen aplicando la tutela impugnatoria de sus actos administrativos sin modificación alguna, los órganos constitucionales se convertirían en órganos reguladores ad hoc, siendo ello inaceptable. Para extender lo referido a esta discusión, ver NEGRETTO, G.L. (2009, 216-218).

276 El artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina, señala: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

277 Al respecto ver en GORDILLO, A. (2003,15).



Sin embargo, no habría problema para ejercer acción de garantía constitucional (como el amparo<sup>278</sup> o el hábeas data<sup>279</sup>, en el Perú), en el caso de que el OR se niegue a otorgarle la información referida a ésta, siempre y cuando no se encuentre una vía diferente como la establecida para el caso de que un ciudadano solicite información más general al regulador.

#### **7.4. Control por parte del Gobierno.**

Podría decirse que el Gobierno ejerce un débil control sobre los reguladores, mediante la aplicación de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (LOSNAC-CGR), de 23 de julio de 2002, que en su artículo 2 señala<sup>280</sup>:

“Es objeto de la ley es propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar mediante la aplicación de principios, sistemas, procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las Instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación”.

Cabe mencionar que toda la Administración pública no escapa del actuar de una instancia del Ejecutivo, me refiero al MEF en materia presupuestaria que se le asigna a los Reguladores y a la Contraloría General de la

---

278 Ver apartado 2 del artículo 200 de la CPP.

279 Ver apartado 3 del artículo 200 de la CPP.

280 Para contrastar lo manifestado líneas arriba puede accederse al sitio web de este órgano constitucionalmente autónomo: <http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/346d1b84-8141-4beb-9fbf-18145759213b/Ley%2BOrg%C3%A1nica%2Bdel%2BSistema%2BNacional%2Bde%2BControl%2By%2Bde%2Bla%2BContralor%C3%ADa%2BGeneral%2Bde%2Bla%2BRep%C3%ABlica+%281%29.pdf?MOD=AJPERES> (última visita: 30/12/2013).

República. Se ha tratado de justificar su actuación de modo constitucional, como diría M. Rubio Correa: “[...] para que los recursos del Estado se utilicen adecuadamente y honestamente [...]”<sup>281</sup>. Sin embargo, no se puede negar que, a veces y ciertamente, este sometimiento constituye un ligero obstáculo para ejecutar su propio presupuesto asignado, no solo el presupuesto transferido por el Gobierno central sino el suyo propio producto de su recaudación<sup>282</sup>. De modo que al observar las Directivas expedidas por Contraloría, se somete a rigurosos procedimientos estatales, cuyos plazos establecidos, al igual que sus mecanismos, son un poco lentos.

Del mismo modo, el artículo 3 de la LOSNC habilita la observancia y cumplimiento de los OR al ámbito de aplicación de la Contraloría General de la República, en el modo siguiente: “Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes<sup>283</sup>: “(...) letra e)

---

281 RUBIO CORREA, M. (2012, 153,154).

282 Una cierta crítica al sistema ya planteado es lo señalado por BONIFAZ, J., el mismo que puede verse en el diario Gestión: <http://gestion.pe/2012/06/07/economia/jose-bonifaz-organismos-reguladores-seran-mas-proactivos-medida-que-tengan-autonomia-constitucional-2004536> (última visita: 2/1/2013); es necesario destacar lo mencionado por dicho académico, no tanto en el extremo de constitucionalizarlo, pero sí de seguir fortaleciendo su autonomía, sobre todo teniendo en cuenta que el Plan Bicentenario tiene como objetivo específico N° 6 Marco institucional y jurídico que garantiza la seguridad de las inversiones, numeral b). Acciones estratégicas fortalecer la autonomía y las capacidades técnicas de los OR para su actuación independiente. Ver <http://www.ceplan.gob.pe/plan-bicentenario> (última visita: 2/1/2013).

283 “[L]a Contraloría General de la República, de acuerdo a la CPP, es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser remover por el Congreso por falta grave”. (ver artículo 82 del CPP).

Por otro lado, el artículo 3, al que se hace mención (la Ley N° 27785), referido al ámbito de aplicación de la Contraloría General de la República, abarca: “a) El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones.

Los OR de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización”.

Asimismo, el artículo 5 de la LOSNC establece la especialidad de esta norma, la misma que prevalece sobre cualquier norma general. Por la que puntualiza: “las disposiciones de esta Ley, y aquellas que expide la Contraloría General en uso de sus atribuciones como ente técnico rector del Sistema, prevalecen en materia de control gubernamental sobre las que, en oposición o menoscabo de éstas, puedan dictarse por las entidades”.

Del mismo modo, existe un número significativo de resoluciones de Contraloría, así como Directivas en la que se aprueban lineamientos de política en materia de control para los OR. Uno de ellos, por citarlo, descansa en la Directiva N° 018-2013-CG/PEC, de 22 de enero de 2014, en el 2do párrafo, en el punto 2.13; que señala: “en los OR se incidirá en la gestión de la entidad, pudiendo cubrir en su alcance la existencia de criterios y procedimientos para la fijación de tarifas, la evaluación de los mecanismos de supervisión en los procesos de fiscalización y sanción impuestos por la prestación irregular de los servicios según las condiciones de riesgo analizados”.

---

b) Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria.

c) Las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público.

d) Los Organismos Autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de derecho público.

e) Los organismos reguladores de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización”.

f) Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que este participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación.

g) Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. En estos casos, la entidad sujeta a control deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema”.

Lo mismo sucede con la resolución de Contraloría N° 440-2013 CG, de 27 de diciembre de 2013, en la que se dispone la aprobación de los planes de control de las oficinas de control interno, y que por cierto tienen una imbricación dentro de la estructura de los OR para fiscalizar a la propia entidad regulatoria; pueden verse los anexos de la mencionada resolución<sup>284</sup>.

Considero que la Contraloría General de la República tiene una cierta relevancia en temas de ejecución presupuestaria, pues tiende a regular, fiscalizar, controlar y sancionar (en caso de que se encuentren hallazgos) por lo ejecutado por los OR. También ejerce presión el MEF cada vez que se expresa con sus opiniones, Directivas, apoyo técnico y, hasta hace poco, promoción en los proyectos de ley en el Congreso de la República, para apartar a los OR del diseño y renegociación de los contratos de concesión de infraestructura con empresas privadas. Y me refiero, concretamente, al proyecto por el cual se limita la participación de los OR en dicha supervisión<sup>285</sup>.

---

284 Ver los anexos que recaen en los números: 288 para el caso de OSIPTEL; 289 para el caso de OSINERGMIN; así como 290 OSITRAN, ver enlace: [https://apps.contraloria.gob.pe/wcm/publicaciones/transparencia/2013/RC\\_440\\_2013\\_CG.pdf](https://apps.contraloria.gob.pe/wcm/publicaciones/transparencia/2013/RC_440_2013_CG.pdf) (última visita: 3/1/2013).

285 En la mayoría de las ocasiones al PROINVERSIÓN, brazo derecho del MEF, se le concede en la práctica, facultades regulatorias y, como señala TAVARA MARTIN, J.I, invade el ámbito especializado de los reguladores. Ver la crítica a dicha medida en su momento: <http://archivo.larepublica.pe/columnistas/cartas-sobre-la-mesa/mef-regulador-18-01-2014> (última visita: 27/2/2014).

## **CAPÍTULO 4**

---

### **ORGANISMOS REGULADORES DEL PERÚ**

## 1. Contexto del nacimiento de los OR en el Perú.

A finales de los años setenta, y especialmente en 1979 época de promulgación de la Constitución Política del Perú, aún permanecía una fuerte carga ideológica intervencionista por la reciente caída de la dictadura militar. Situación similar a la que vivieron otros países de Sudamérica en los que también habían existido dictaduras fuertes. Las nuevas transiciones políticas en estos países hacen que se exijan nuevas formas de actuación del Estado<sup>286</sup>. Estas formas son la descentralización del Estado, la creación de entes neutrales, la participación e ingreso de operadores económicos (inversión extranjera directa) en un sistema de gobernanza<sup>287</sup>.

En el Perú se produjo en 1980 con la transición del Gobierno militar de Juan Velasco Alvarado<sup>288</sup> al Gobierno constitucional del presidente Fernando Belaunde Terry<sup>289</sup>, quien se caracterizó por tener una amplia

---

286 La primera transición democrática se dio en República Dominicana (1978) y fue seguida por Ecuador (1979), Bolivia (1982), Argentina (1983), Nicaragua (1984), Brasil y Uruguay (1985), Guatemala (1986), Chile (1990), El Salvador (1992), Honduras y Panamá (1994). Ver JORDANA, J y LEVY-FAUR, D.(2005,12). Por otro lado, la reciente literatura expresa que para tratar la modernización del Estado es necesario abordar la diferenciación de tres fases de modernización y su reforma administrativa para el área sudamericana que parte desde principios del XX, pasa luego por los años 90 y emprende un tercer momento a fines del mismo con la reducción del aparato público y la reforma del servicio público. Ver (Oslack, 2001; Spink, 1997); (Brasser-Pereira, L.C.(2001, 6) citados por RAMIÓ MATAS, C. (2008, 60-63). Mientras que para RODRIGUEZ GARCIA, A. (2009,516), se trataría de un “[...] impulso de las fórmulas de desregulación, privatización y cambios en las modalidades del control jurídico sobre la economía por parte del Estado, lo que se traduce en cambios normativos y funcionales a efectos de la preservación del interés ciudadano [...]”.

287 Para GARCÍA HERRERA, M.A y MAESTRO BUELGA, G. (2013,28). “[E]sta gobernanza significa un cambio radical de la concepción política y, en segundo lugar, debe ser interpretada como un proceso de privatización de las decisiones políticas”.

288 Ocupó la presidencia del Perú entre 1968 y 1975 en el llamado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Su mandato se conoce también como la "primera fase" del Gobierno militar (1968-1980), que duró hasta su derrocamiento como Presidente. Se dice que es en los períodos de Gobierno autoritarios en Sudamérica, donde se consiguen ciertos avances, habitualmente asociados a la necesidad de obtener legitimidad por la vía de mejorar el funcionamiento de la organización pública (por ejemplo la dictadura de Rafael Leónidas Trujillo en República Dominicana y en menor medida, el Gobierno revolucionario citado en líneas ul supra (1968-1980) aunque estos logros son escasos, tampoco son sustentables en el tiempo. SPINK (1997) citado por RAMIÓ MATAS, C. (2008, 61). Considero señalar que los procesos de reconducción y accionar del Estado han sido tendencias de moda que se despegan por el mundo siendo volátiles y, sin embargo, con el tiempo son eficaces en la medida del planteamiento institucional que opte el país y el sector.

289 Fue Presidente del Perú en dos ocasiones: el 3 de octubre de 1968, fecha en la que dio el golpe el militar Juan Velasco Alvarado hasta 29 de agosto de 1977, fecha en la que fallece el dictador; y cuando el Perú retorna a la democracia de 1980 a 1985. Y fue durante su primer Gobierno, en que se expide la Ley N° 15976 de 1966, que por primera vez se define a la

presencia importante del Estado en los sectores productivos y de servicios del país. Estos servicios públicos, su gestión y desarrollo se mantuvieron en medio de nacionalizaciones que llevaron a los Gobiernos de turno a expropiarlos, y que años más tarde los entregaría a manos de la competencia y del mercado en busca de utilidad, eficiencia y eficacia.

Considero que esta última razón residiría en el incumplimiento de obligaciones con el fisco y la necesidad de desburocratizar el empleo, ocupado por un amplio sector partidista de los últimos Gobiernos.

Esta visión del Estado y de la gobernanza busca una mejor manera de distribución de ingresos unida a la necesidad de declararlos de interés nacional por ser sectores estratégicos<sup>290</sup>.

Este panorama cambió en Perú en los primeros años de los noventa bajo el amparo de la promulgación de una nueva Constitución Política (de 1993). El Perú se embarcó en un programa de estabilización económica e inserción en escenarios internacionales aunado a una reforma estructural que incluía un ambicioso programa de privatización de empresas públicas de telecomunicaciones, electricidad y agua. De este modo se eliminaron las restricciones a la inversión extranjera, impulsando la desregulación y favoreciendo la privatización de las empresas públicas prestadoras de los

---

actividad de las telecomunicaciones como servicio público. Cfr. KRESALJA, B. y OCHOA, C. (2009,557).

290 Cfr. con el considerando primero del DL N° 674 que señala: “[Q]ue el crecimiento de la inversión privada debe promoverse en todos los ámbitos de la actividad económica nacional, propendiendo tanto al desarrollo de nuevas fuentes de generación de bienes, servicios y empleo, cuanto a la modernización, saneamiento y reforzamiento de las existentes.” Conuerdo con ciertas investigaciones que señalan que: “[...]este mismo fenómeno se repite en todas las latitudes sudamericanas y el aplicar privatizaciones como remedio fue la única manera de salir de este colapso económico derivada de las crisis y de los elevados niveles de deuda que existió en ese entonces”. A esto se le denomina también Gobernanza. Ver RAMIÓ MATAS, C. (2008, 47). Pero también me adhiero a la tesis planteada por GARCÍA HERRERA, M.A y MAESTRO BUELGA, G. (2013, 28) en el sentido que la “Gobernanza global” y sobre todo la que impera en el Perú, introduce una nueva jerarquía entre los actores que conforman el nuevo poder global, aquella que: “[...] introduce nuevos poderes fuertes en contraposición al orden político institucional [...]”, reduciendo al mínimo el papel del Estado.

servicios de red<sup>291</sup>; de modo que la noción del servicio público peruano sufre una ligera transformación, la misma que hasta la actualidad no ha sido investigada con rigor, o por lo menos no se encuentra del todo claro<sup>292</sup>.

En el sector de telecomunicaciones, el Gobierno vendió tanto la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) que prestaba telefonía a Lima, así como la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) que prestaba servicio a lo largo del territorio peruano<sup>293</sup>.

Por ello, preciso que el contexto del nacimiento de los llamados OR en el Perú se da en medio de los procesos de desmonopolización de las telecomunicaciones en el mundo y en dos etapas claramente marcadas: la primera a mediados de 1991 (y en adelante los años 1994 – 1996); una segunda en el año 2000 (en la que se consolida y se reestructura) con

---

291 Ver ALCÁZAR, L y POLLAROLO, P. (2000,15) ; BONIFAZ, J y URRUNAGA, R. (2006,7); SANTISTEBAN DE NORIEGA, J. (2004, 40,41). Nótese también la expedición de amplias facultades para que desde el mismo seno del Ejecutivo se legisle. Uno de los tantos Decretos es el Decreto Legislativo N° 674, de 27 de setiembre de 1991, por el cual se aprueban la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado que en su segunda parte considerativa señala: “Que la actividad empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario; que deben crearse las condiciones necesarias para el desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, con objeto de lograr la “modernización, saneamiento y vigorización de las actividades a su cargo”.

292 Para BACA ONETO, V.S. (2009,378-388): “[E]l servicio público es, en realidad, el servicio esencial, que debe ser promovido por el Estado (en específico por el artículo 58 de la CPP), y que por sí mismo es el título suficiente como para imponer ciertas obligaciones, incluso aquellas que pretenden asegurar la universalidad del servicio(...)”. El referido autor realiza una ácida crítica, a la cual comparto en cierta medida, en el sentido que “los conceptos de servicio público y de concesión utilizados muchas veces en nuestra legislación no son técnicos, ni implican la necesidad de reconocer la existencia de una reserva de titularidad pública de actividades, no contemplada en la Constitución [...]”. Situación que no es compartida del todo por KRESALJA, B y OCHA, C. (2009) quienes afirman una distinción entre los servicios públicos de contenido económico y no económico al señalar que el artículo 58 de la Constitución Política se está refiriendo a los servicios públicos económicos y que no deben ser confundidos con los servicios sociales.

293 En 1994 se realizó una subasta pública usando el mecanismo de mayor oferta en sobre cerrado a través del cual se vendió el 35% de las acciones comunes de ambas empresas (el mínimo requerido para que el comprador tuviera el control de las empresas). El ganador fue Telefónica de España, que tenía empresas en la región como Chile y Argentina. Por ambas empresas pagó la suma de 2004 millones de dólares, tiempo después fusionó ambas empresas para crear Tdp S.A. Ver TORERO, M y PASCO FONT, A. (2000, 7).



expedición de la Ley N° 27332, Marco de los Organismos Reguladores, de 27 de julio de 2000, así como sus posteriores modificatorias.

En estas etapas se produjo también la denominada Reforma del Estado<sup>294</sup>, etapa acompañada de profundos cambios económicos, jurídicos, políticos, así como la explosión de grandes conflictos sociales:

- Políticos: como la disolución del Congreso de la República y nuevas convocatorias a elecciones parlamentarias y la disolución de la Cámara de Senadores bajo la expedición de la Constitución Política de 1993.
- Financieros: desde la óptica de minimizar el gasto público de un manejo ineficiente del Estado, falta de eficiencia en la mayoría de empresas públicas<sup>295</sup>.
- Económicos: triunfo rotundo de argumentos liberalizadores de la economía, cambio de modo y gestión de sus principales actividades, una de ellas, es la privatización<sup>296</sup>.
- Jurídicos: pues la nueva Constitución Política del Perú de 1993 contiene una fórmula más dinámica que la anterior, la cual la convierte en el marco idóneo para emprender reformas a gran escala, pues permitiría la libre iniciativa privada según los artículos

---

294 Este último argumento es el que permite replantearse la creación de órganos que actúen en el mercado como sucedió en Europa y, también en su época en EE.UU. Esto último demostraría que el Perú no fue ajeno a tal corriente mundial de creación de Agencias reguladoras en el mundo. Así también lo ha entendido NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008, 35).

295 La crisis económica de los setenta – ochenta estigmatizó la incompetencia del Estado peruano en el manejo de sus propias empresas, es decir, inoperancia y poca satisfacción en su propia gestión como empresario, sumada a la crisis del Estado social en los años setenta.

296 A mi juicio, el triunfo y fortalecimiento de la ideología del liberalismo económico en el mundo se ha plasmado en algunos dispositivos legales peruanos que han traído consigo un nuevo modo de gestión de los servicios públicos. Un caso similar sucedió en Chile, a partir de la Constitución Política de 1980; en materia económica, el Estado administrador ya no tiene asignadas potestades tan discrecionales como las tenía antes. De acuerdo con VERGARA BLANCO, A. (2004, 52 y ss.) “[...] En el actual esquema constitucional chileno, las actividades de servicio público con carácter industrial o económico pueden y deben ser desarrolladas ab initio por los particulares, en aplicación del principio de subsidiaridad”. Y no le falta razón a VERGARA BLANCO, A. Pues las actividades económicas, sean o no un servicio público, corresponden ser llevadas a cabo por los particulares y solo por subsidio del Estado, ante las posibilidades del privado o a la falta de interés de los particulares. KRESALJA, B y OCHOA, C. (2009,361).

58, 60 y 61 de la CPP de 1993, admitiendo así la libre iniciativa privada, el pluralismo económico y un régimen de competencia<sup>297</sup>.

Tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

**Tabla Nº 10. Comparaciones entre las Constituciones de 1979 y de 1993**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1979	CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1993
<b>Artículo 115.</b> “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”.	<b>Artículo 58.</b> “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.
<b>Artículo 112.</b> “El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, auto gestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características”.	<b>Artículo 60.</b> “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.
<b>Artículo 113.</b> “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”.	<b>Artículo 61.</b> “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

Fuente: CPP de 1979 y 1993.

Elaboración: Propia.

297 Ver artículos de la Constitución Política de 1993, en especial en su artículo 58, señala: “[L]a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. Mientras que el artículo 60 señala: “[E]l Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”. Del mismo modo, el artículo 61 de la CPP, expresa que: “[E]l Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

## 2. El Proceso de Reforma del Estado y los OR.

El inicio de reformas de la Administración pública ha significado una transformación sustancial de la función de intervención del Estado en la economía<sup>298</sup> garantizado en la CPP de 1993.

Esta transformación del Estado fue posible gracias al replanteamiento de los modelos y roles del mismo, pasando del Estado gestor al Estado regulador en medio de una gobernanza de las economías y de sus instituciones en la región<sup>299</sup>. Este Estado regulador al que me refiero es un Estado que interviene para garantizar la eficiencia en la asignación de los recursos, pues el mercado por sí solo no lo asegura, pero también para garantizar en régimen de competencia, el acceso de todos a las prestaciones necesarias en las condiciones de igualdad<sup>300</sup>.

El Gobierno de turno, apoyado por un grupo de tecnócratas liberales, inicia reformas del aparato estatal, reduciendo al mínimo a éste, junto a la liquidación de las empresas estatales que no reditaban liquidez<sup>301</sup> al erario

---

298 Esto también es posible con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, que cambia el capítulo económico del Estado peruano hacia una economía orientada al mercado. Un claro ejemplo es el artículo 58 de la CPP que señala los principios que orientan nuestra economía. BRESALJA, B y OCHOA, C. (2009, 362), así como los artículos 60 y 61 del referido texto constitucional. Ver, RUBIO CORREA, M. (2012, 129 y ss.).

299 Cfr. JORDANA, J y LEVY-FAUR, D. (2005). Lo relevante también a señalar es el apoyo del Banco Mundial, comprometido en reformas orientadas hacia el mercado desde que el plan BAKER de 1985 definió estas reformas como precondition para la solución de la deuda. Ver BRASSER-PEREIRA, L.C. (2001) citado por RAMIÓ MATAS, C. (2008, 62). Con esta orientación, los principales éxitos de las reformas se plasmaron en los procesos de creación de Agencias, en procesos de externalización y en la reducción de las dimensiones de los aparatos administrativos públicos. Ver ARAGON REYES, M. (2009).

300 VÍRGALA FORURIA, E (2004); MALARET GARCIA, E. (2003, 756); MUÑOZ MACHADO, S. (2009).

301 Arrojan pérdidas al Estado, con carga tributaria e inmanejables por su administración partidista (política), toda vez que tuvo implicancias financieras para el Estado, que se tradujeron en un colapso hiperinflacionario, razones también por las cuales se optó por la venta de las

nacional, las cuales han sido manejadas de forma deficiente por sus antecesores gobiernos, ya que su gestión de los servicios en la mayoría de casos causaba gastos innecesarios debido a su mala situación económica y patrimonial (descapitalización) afectando las finanzas públicas de un alicaído Estado peruano<sup>302</sup>.

Esta nueva forma de intervención del Estado, bajo su forma “gestora”, dará lugar a las privatizaciones, liberalizaciones y concesiones y, en algunos casos, a la venta de sus empresas<sup>303</sup> seguida de una regulación sectorial que permite la competencia como forma de convivencia entre las mismas.

Esta es la fórmula que se usó en algunos países de Sudamérica como modo de salir de la crisis económica atrayendo inversión<sup>304</sup>. Y es la que, en

---

empresas públicas y la reforma total incluso desde la recaudación tributaria en el país. En ese contexto es que el Gobierno de turno inicia reformas estructurales con el patrocinio de un reducido grupo de profesionales de tendencia liberal al que autodenominó tecnócratas. COTLER, J y GROMPONE, R. (2000,28); UGARTECHE GALARZA, O. (2004b, 92); BRESALJA, B y OCHOA, C. (2009, 213). LYNCH GAMERO, N. (1999, 218-219). También puede consultarse sobre democracia y políticas tras las reformas económicas de los noventa a PARAMIO RODRIGO, L. (1999).

302 Es necesario recordar que el Estado peruano hacia 1979 había creado un conglomerado empresarial en el cual resaltaban dos sectores: por un lado estaban las actividades estratégicas (petróleo, actividades mineras) y, por otro lado, la gestión de servicios como electricidad, transporte, correos, telecomunicaciones que tenían la calidad de “servicios públicos.” La privatización en el Perú tuvo dos etapas: de 1992 a 1996 y de 1996 en adelante. En total, se vendieron parcial o totalmente 228 empresas por un valor de 9.221 millones de dólares, de los cuales 6.993 millones ingresaron al tesoro público; el saldo corresponde al crédito otorgado a los compradores. Ver UGARTECHE GALARZA, O. (2004). Para garantizar la mencionada privatización y en aras de llevar adelante el programa de privatizaciones a gran escala en 1991 se organizó un proceso de privatización creándose la Comisión de promoción privada (COPRI) mediante el DL N° 674. También ver Comunidad Andina de Juristas (CAJ) (1998,49) y en FERNANDEZ –BACA, J. (2004, 11).

303 En el Perú, la reforma de 1994 se realizó mediante una subasta pública utilizando el mecanismo de mayor oferta en sobre cerrado a través del cual se vendió el 35% de las acciones comunes de ambas empresas. TORERO, M y PASCO FONT, A. (2000, 7). En Argentina encontramos el fenómeno regulatorio en la rectificación de los errores o diferencias del mercado a partir de la década de 1990, en la cual se privatizan prácticamente todos los servicios públicos económicos COMADIRA, J.R. (1995, 137). Por lo general el empleo de la liberalización va acompañada de regulación como política. Esta última se centrará, por un lado, “en la posibilidad - de que los operadores puedan acceder - a las redes de sus competidores en particular la posibilidad de que terminen sus llamadas en la red del competidor”. Y del mismo modo, se centre en “restringir las prácticas empresariales de la empresa establecida para evitar que dificulte la entrada de una manera considerada anticompetitiva”. PEITZ, M. (2001,95).

304 Ver SANTISTEBAN DE NORIEGA, J. (2004, 47). Un caso singular es el brasileño, el cual en el mismo espacio de tiempo que el Perú (década de los noventa) empieza su reforma estatal y representa un avance en las tareas de la Administración Pública. LEAL, S. (2003, 2-3) señala que: “[A reforma do Estado brasileiro estabeleceu novos padrões de gestão pública, apoiados

la actualidad, sigue usándose, vía delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo<sup>305</sup>.

---

aparentemente em projetos de feições democráticas que incidem sobre a América Latina a partir dos anos de 1980. A reestruturação do ente estatal brasileiro esteve pautada, teoricamente, no redirecionamento, dentre outras coisas, da demanda pela divisão de responsabilidades e participação do Estado, mercado e da sociedade na tarefa de promover o desenvolvimento sócio-econômico e político da nação”. Por otra parte ROSENTHAL COUTINHO, D. señala que lo que se denominó reforma del Estado brasileño fue a partir de 1995 concebida por Luiz Carlos Bresser Pereira, ex Ministro de Hacienda en el primer mandato del presidente Fernando Henrique Cardoso y Ministro de Ciencia y Tecnología en el segundo mandato del mismo Presidente. Este tecnócrata fue el emprendedor de la negociación y trámite político de las ideas que, basadas en la literatura y en el pensamiento del New public management, se denominaron “reforma gerencial”. Con ello formula y conduce la transición de un modelo de Estado que da lugar a un nuevo paradigma de Estado, el Estado Gerencial.

305 Situación que en la actualidad se sigue empleando para que el Poder Ejecutivo peruano, legisle. Basta ver la Ley N° 30335, de 1 de julio de 2015, que delega en el Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera (extinto proyecto de ley N° 4562/2014, de 2 de junio de 2015). Ver el texto completo de la ley en: <http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2015/07/01/1257199-2.html>. Esta Ley N° 30335 está enmarcada dentro de los alcances del artículo 104 de la CPP, por el cual se puede delegar, mediante Decreto Legislativo, sobre materia específica y por el plazo determinado establecido en la ley autoritativa.

En este sentido, su exposición de motivos del fenecido proyecto de ley, era mucho más completo que la ley vigente, pues señalaba: “[...] ampliar e incentivar con nuevas inversiones para atender la demanda adicional; de esta forma se genera un círculo virtuoso de crecimiento económico haciéndolo sostenible en el tiempo [...]”.

*Sin embargo, en los próximos años se avizora un entorno internacional caracterizado por un crecimiento de las economías avanzadas menor a los registrados a los años previos a la crisis 2008-2009[...]”.*

Otras razones que fundamentan y complementan la exposición de motivos del fenecido proyecto de ley es que “(...) el PBI ha registrado en el primer trimestre de 2015 una tasa interanual de apenas el 1.7%, muy por debajo del 5% registrado en el mismo periodo del año anterior. Esto se suma a la rebaja en la estimación del PBI para este año, que ha efectuado el BCR, del 4.8% al 3.9%. Peor aún, las expectativas de los agentes económicos son menores al estimar una tasa de alrededor del 3%, tal como reporta el BCR”.

El inicial proyecto de ley N° 4562/2014PE, también señalaba en sus artículos:

“Artículo 1 Objeto de la Ley: “Delegar al poder ejecutivo, por el término de 120 días calendario en materia administrativa económica y financiera [...]”.

Artículo 2 “[...] El ejecutivo está facultado para legislar en materia administrativa, económica y financiera, a fin de:

Inciso e) Fortalecer la organización y optimizar los procedimientos de los Ministerios, organismos públicos, organismos reguladores, empresas estatales e Instituciones en sus tres niveles de Gobierno.

Inciso f) Reforzar el marco legal y el rol del Estado en la promoción, planificación y seguridad para el desarrollo de las actividades energéticas y minera; así como fortalecer su función concedente en el ejercicio de dichas materias.

Inciso g) Perfeccionar la regulación y demás aspectos de las actividades de generación, distribución eléctrica y de electrificación rural, así como dictar el marco general para la interconexión internacional de los sistemas eléctricos y de intercambio de electricidad”.

En líneas generales, se confirma que el Poder Ejecutivo peruano tenía la voluntad en fortalecer y reforzar la institucionalidad de los OR peruanos, sin embargo también se manifiesta que el Gobierno podría tener de cierto modo una injerencia sobre la regulación de sus propios estatutos orgánicos. Ver inciso e) del citado proyecto de ley.

Mientras que la propuesta de integrar e interconectar el mercado eléctrico de modo internacional, descansa en las Decisiones N° 536 y 720 de la Comunidad Andina de Naciones. Ver <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/CM%202013/12620.pdf> ;

Para el nacimiento de los OR en el Perú de los noventa es necesario entender el proceso de desmonopolización de los servicios públicos y consecuente liberalización, ello se debió a la consagración de un dogma liberal de “reducir el Estado” en su expresión mínima como lo advertido anteriormente en la llamada: “reforma del Estado peruano”.

Por ello, para achicar y reducir el Estado peruano en el plano de servicios públicos se utilizaron fórmulas poco convencionales en las cuales se plantearon cuatro objetivos en distintos frentes:

- 1) En el plano económico-financiero: propiciar el incremento de la inversión nacional y extranjera para hacer crecer la producción y el empleo productivo, al mismo tiempo que las divisas y los ingresos fiscales. Los marcos regulatorios deben fomentar el incremento de la competencia y asegurar la calidad y el incremento de la cobertura de los servicios.

---

<http://www.coes1.org.pe/marco-normativo/Base%20Legal/Decisi%C3%B3n%20CAN%20No.%20536.pdf> (última visita: 13/6/2015).

Con fecha 13 de junio de 2015, esta novedosa propuesta legislativa autoritativa en favor del poder Ejecutivo, en un primer momento, no pasó el tamiz del legislativo por razones políticas (al priorizar el desafuero de un parlamentario del oficialismo) entre los parlamentarios de las bancadas de Fuerza Popular, Concertación Parlamentaria y PPC-APP, que insistieron en abordar el desafío del congresista Alejandro Yovera (por haber sido sentenciado en el Poder Judicial y su procedimiento de vacancia) y por ello, no se llegó a un acuerdo. Para tener los pormenores de la postergación de dichas facultades por parte los parlamentarios se puede acceder

a: <http://www.caretas.com.pe/Main.asp?T=3082&S=&id=12&idE=1211&idSTo=0&idA=72156#.VX-2TEaRrXo>; También en el diario económico Gestión, ver enlace: <http://gestion.pe/politica/resumen-politico-semana-idas-y-venidas-no-otorgar-facultades-legislativas-al-ejecutivo-2134658> (última visita: 13/6/2015).

Posteriormente, el 19 de junio del presente año, el Parlamento peruano ha concedido de modo parcial la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, no tomando la propuesta del proyecto de ley contenida en el inciso e), por razones de desconfianza. Sin embargo sí fue aprobado el inciso g), respecto al pedido del Ministerio de Energía y Minas (MEM), que busca ampliar los contratos de explotación de petróleo y gas natural por un periodo de 30 y 40 años cada uno, respectivamente. Para apreciar las facultades aprobadas y las denegadas, se puede apreciar en: <http://altavoz.pe/2015/06/19/perú/los-nuevos-poderes-de-humala-que-podra-hacer-el-gobierno-en-economia> (última visita: 20/6/2015).

Sin embargo, el Gobierno ha optado en tener salidas para proseguir su pedido de legislar vía Decretos de Urgencia, que es una posibilidad válida, según lo manifestado por el Presidente del PCM. Puedo afirmar que las crisis económicas no solo traen consigo la intervención del Estado en la economía, vía regulación, sino una reforma constante de la estructura del Estado. Para conocer las características de los Decretos de Urgencia en el ordenamiento peruano, ver: KRESALJA, B y OCHOA, C. (2009, 376-377).

2) Objetivo empresarial: que las empresas privatizadas alcancen una pronta capacidad operativa en el corto plazo y sean viables y prósperas a largo plazo.

3) Objetivo político: se busca lograr la legitimación social de la privatización a través de procedimientos ágiles y transparentes, con ello se garantiza la irreversibilidad del proceso, al mismo tiempo que se propicia la participación de los ciudadanos en la propiedad de las empresas.

4) Plano legal: objetivo por el cual se busca una correcta transferencia de la propiedad en las actividades privatizadas y propiciar el establecimiento de marcos regulatorios modernos, donde combinan el derecho público, el derecho administrativo y el privado. Como diría en su momento F. Sosa Wagner, se han subido al tren de la denominada “huida del derecho administrativo”, bajo pretexto de evitar la lentitud de la actuación burocrática<sup>306</sup>.

De ahí que en 1991, vía regulación económica, se aprobara el marco legal que permitiría la privatización y despublificación de las empresas del Estado, mediante los siguientes Decretos Legislativos<sup>307</sup>:

- DL N° 662, de 29 de agosto de 1991, “de Fomento de la Inversión Extranjera” en cuyo artículo 1 establecía: “se otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras”<sup>308</sup>.

---

306 SOSA WAGNER, F. (2004,148).

307 Sobre el paquete normativo de 1991, ver: <http://intranet2.minem.gob.pe/web/archivos/dgh/legislacion/dl662.pdf> ; [http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/arc/ML\\_GRAL\\_PI\\_DL674/10-D\\_L\\_674.pdf](http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/arc/ML_GRAL_PI_DL674/10-D_L_674.pdf) ; [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Sector\\_telecomunicaciones/Legislacion\\_Telecom/DL-701.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Sector_telecomunicaciones/Legislacion_Telecom/DL-701.pdf) (última visita 20/9/2013). Y también puede verse un estudio más amplio de la legislación de la libre competencia, antes de la expedición del DL N° 701, de 5 de noviembre de 1991 en GAGLIUFFI PIERCECHI, I. (2006).

308 Lo revelador del caso es que las normas tienen un contenido homogéneo por el cual pretenden sentar bases para despublificar todo el sistema empresarial del Estado, por ello es que a este proceso se le conoció como desmantelamiento de las empresas estatales. A continuación algunos de sus artículos: “artículo 1 La presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos, los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes.

Establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus

- DL N° 674, de 25 de septiembre de 1991, Ley de Promoción Privada en las Empresas del Estado<sup>309</sup>, que declara “de interés nacional la

---

normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel”.

Artículo 2. “El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica”.

Artículo 3. “Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes”.

Artículo 4. “La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

Artículo 5. “El Estado garantiza el pluralismo económico. Toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial en la legislación nacional. No puede limitarse el acceso directo o indirecto de los inversionistas o las empresas en que estos participen a actividades económicas específicas, en función a la forma empresarial que adopten. Están exceptuados de esta disposición el sistema financiero de acuerdo a la ley que lo regula, y las excepciones que en el futuro se establezcan por ley del Congreso. Queda derogada toda disposición legal que contravenga lo dispuesto en el presente artículo. En los casos en que la ley establezca que la explotación de los recursos naturales o la prestación de los servicios públicos deba realizarse mediante concesiones u otras formas de otorgamiento a los particulares, se respetará lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo en lo que no contravenga la legislación sectorial”.

Artículo 6. “Queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas. Tales reservas sólo procederán por causa de interés social o seguridad nacional, y deberán ser dispuestas expresamente mediante Ley del Congreso de la República o conforme a lo establecido en el artículo 54 del presente Decreto Legislativo”.

309 Su segundo considerando es argumentado en el sentido siguiente: “Que la actividad empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario”.

El tercer considerando señala: “Que deben crearse las condiciones necesarias para el desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, con objeto de lograr la modernización, saneamiento y vigorización de las actividades a su cargo;

Para efectos de esta ley, entiéndase por inversión privada aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado peruano, de los organismos que integran el sector público nacional, y de las empresas del Estado”. (Segundo párrafo adicionado por el artículo 1 del Decreto Ley N° 26120).

Artículo 2. Las modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, son las siguientes:

“a. La transferencia del total o de una parte de sus acciones y/o activos.

b. El aumento de su capital.

c. La celebración de contratos de asociación, “joint venture”, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión u otros similares.

d. La disposición o venta de sus activos, cuando ello se haga con motivo de su disolución y liquidación.

Cuando, de acuerdo a lo anterior, el Estado resulte, en forma directa o indirecta, con una participación accionarial minoritaria, sus derechos y obligaciones se regirá exclusivamente por



promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado”. Y se sustenta en su considerando primero cuando señala: *“que el crecimiento de la inversión privada debe promoverse en todos los ámbitos de la actividad económica nacional, propendiendo tanto al desarrollo de nuevas fuentes de generación de bienes, servicios y empleo, cuanto a la modernización, saneamiento y reforzamiento de las existentes”*.

- DL N° 701, de 5 de noviembre de 1991 en el que se eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. También se introducen los primeros conceptos de “iniciativa privada”, incluso antes de introducir estos términos en la CPP, tal como se puede apreciar en su artículo 1. Asimismo la relevancia de este cuerpo normativo es que en su artículo 3 incluye “abuso de posición de dominio en el mercado” e “interés económico general” y qué decir del concepto de “competencia” expuesto en artículo 6.

Un punto muy especial que ha de considerarse es el artículo 8 del DL N° 701 en el que se crea la “Comisión Multisectorial de Libre Competencia”, pionera en su especie, la misma que goza de autonomía técnica y administrativa encargada de velar el cumplimiento de la presente Ley. Por otro lado, tenemos la expedición del DL N° 702 de la misma fecha (5 de noviembre de 1991), en el cual se declara de “necesidad pública” el desarrollo de las telecomunicaciones y se aprueban normas que regulan la promoción privada como instrumento de pacificación y afianzamiento de la conciencia nacional, para cuyo fin se requiere captar inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras.

- DL N° 757, de 8 de noviembre de 1991, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada<sup>310</sup>.

---

la Ley General de Sociedades”. (Texto según la modificación dispuesta por el artículo 2 del Decreto Ley N° 26120).

310 No sólo se establecen los principios generales que garantizan la propiedad privada y la libertad empresarial del país sino también los convenios de estabilidad jurídica, transparencia, eliminación de restricciones administrativas a la inversión, seguridad jurídica, marco tributario especial y estabilidad jurídica en materia económica. 1991 fue el año en que se declaró como

Un año después (en 1992) se aprobó la Ley de Concesiones Eléctricas mediante el DL N° 25844 por la cual se separaba la generación de la distribución de electricidad. Y un año después se expidió su Reglamento<sup>311</sup>.

Entre 1994 y 1997, el Gobierno siguió privatizando diez empresas estatales en el sector eléctrico por un valor de 1,433.1 millones de dólares, entre las cuales surgieron cinco empresas de distribución y otras cinco empresas de generación de energía<sup>312</sup>. Asimismo el Gobierno creó dos entidades regulatorias: la Oficina de Supervisión de la Inversión en Energía (OSINERG) y la Comisión de Tarifas de Energía (CTE)<sup>313</sup>; ésta última más adelante pasaría a formar parte de la primera.

Al liberalizarse y desmonopolizarse los servicios públicos y demás sectores productivos del Estado, se marca el inicio del modelo de competencia, cuyo incumplimiento de alguno de los supuestos de éste da origen a las fallas de mercado, las cuales llevan a una asignación ineficiente de recursos.

---

“interés nacional” la promoción de inversiones privadas en las empresas regionales de servicio de electricidad, con lo que se abrió paso a la desmonopolización progresiva del sector eléctrico, a la privatización, vía venta, de la participación accionarial del Estado en las empresas que gestionaban el servicio. Ver ZEGARRA VALDIVIA, D. (2005, 318); También en la CAJ. (1998, 48).

311 Ésta contendrá los lineamientos más importantes que permitieron incorporar al sector privado en la provisión de servicios de energía eléctrica. ALCAZAR, L y POLLAROLO, P. (2000, 21). Por otro lado, en 1997 se expide la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (LAASE). A través de esta ley, se regulan las posibilidades de concentración tanto horizontal como vertical en el mercado de energía eléctrica. El texto íntegro de la ley se puede ver en: [www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/.../Ley26876.pdf](http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/.../Ley26876.pdf) (última visita: 8/4/2014).

312 Ver TORERO, M y PASCO-FONT, A. (2000,7).

313 La CTE era un OPD adscrito al MEF, al que la ley le otorgaba autonomía en sus funciones económicas, técnicas y administrativas. Su fuente de financiación era el 0.29% de la facturación anual de los concesionarios de energía, transmisión y distribución de energía eléctrica. Tenía como función fijar, revisar y modificar las tarifas de venta de energía eléctrica; resolver como instancia administrativa todos los asuntos que en materia de fijación tarifaria presenten las partes interesadas; imponer las sanciones por incumplimiento de sus resoluciones que señalan los Reglamentos; aprobar y determinar la precalificación de empresas consultoras propuesta por la secretaria ejecutiva; aprobar el valor nuevo de reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución; entre otras. Esta OPD desaparece mediante Ley N° 27332, de 29 de julio de 2000, Marco de Organismos Reguladores de los servicios públicos, la cual ordena su fusión con OSINERG.

Las fallas del mercado constituyen un argumento que ha servido en el pasado para que el Estado proveyera directamente (intervenga) en estos bienes y servicios, lo que se denomina Estado productor. No obstante de lo afirmado, este concepto de Estado interventor ha sido sustituido con la conveniencia de que estos bienes y servicios sean producidos por empresas privadas bajo supervisión y control del Estado (Estado regulador)<sup>314</sup>. Ésta es la doble actividad que se presenta en Perú, la privatización y liberalización, la cual se ha visto acompañada de un nuevo modelo de regulación en régimen de defensa de la competencia<sup>315</sup>.

El cambio de modelo de Estado debe eliminar todas aquellas restricciones y barreras burocráticas que tienden a aumentar costes de transacción para lograr que los monopolios naturales puedan operar eficientemente sin que se deteriore la calidad del servicio o se generen precios que impliquen un abuso de posición de dominio. Esto, sin la presión política en la toma de decisiones empresariales, decantará la necesidad de “regular” de forma independiente, transparente y eficiente a través de entes<sup>316</sup>.

---

314 FERNÁNDEZ - BACA, J. (2004, 98-100). Este último cambio ha ocurrido debido al déficit persistente de las empresas estatales y a los escasos recursos del Estado para invertir adecuadamente en éstas.

315 Lo que hace evidente, como señala CARLÓN RUÍZ, M. (2013,12), que “[...] la regulación y defensa de la competencia, son dos esferas de la intervención pública sobre los mercados que deben convivir”.

316 Éste es el punto de partida del regulador que se encuentre alejado del influjo gubernamental en la política, muestre cierta independencia o razonada autonomía, brindando dos cosas tanto a los inversores en el sector liberalizado: credibilidad y transparencia; que al mismo tiempo vele de modo imparcial (arbitre), dirima controversias entre los agentes que actúan en el mercado; garantizando el acceso y los derechos de los usuarios del servicio. Finalmente, qué duda cabe, la legítima pretensión que los OR, de obtener independencia del poder político (mantener su alejamiento) y la neutralidad respecto a los intereses de los operadores del mercado, característica inspirada en el modelo estadounidense. MARIN QUEMADA, J.A. (2014, 8). COMADIRA, J.R (2005, 159 y ss), cuando señala que: “[...]este tipo de organismos, mantienen un alejamiento de los instrumentos de control empleados, que se dan en la etapa preprivatizadora, defendiendo así por un lado la idoneidad de sus cuadros técnicos en perfecto maridaje con su independencia funcional”.

Estos “entes reguladores” en el Perú se conocen como OR. Inicialmente se fueron creando de forma segmentada de acuerdo al próximo sector a liberalizar para luego ir consolidándose con el paso de los años<sup>317</sup>.

El componente político presente en todo este proceso es inevitable de ser explicado; sin embargo, puedo decir que el Gobierno neoliberal de la época optó por liquidar y dismantelar todo el aparato de intervención estatal que supuestamente interfería con el programa de privatizaciones al demoler la estructura intervencionista del Estado empresario<sup>318</sup>, con ello se da inicio a una nueva etapa del “Estado regulador” y con ella la apertura a la competencia.

La transformación del Estado a la que se hace referencia al inicio, permitió accionar en la provisión y desarrollo de infraestructura básica para la producción y gestión de puertos, puentes, irrigaciones, carreteras, energía, agua, telecomunicaciones, planteándose los siguientes objetivos<sup>319</sup>:

- Redefinir la intervención estatal en los mercados, incentivando la inversión privada en todas las esferas de la actividad económica del país.
- Reorganizar y racionalizar la estructura de ingresos y gastos del sector público.
- Reorganizar y racionalizar la Administración pública.
- Elevar y fomentar la inversión en infraestructuras esenciales para mejorar la competitividad, el crecimiento económico y el desarrollo regional, y con ello reducir la pobreza.

---

317 Esta tendencia a uniformizar o compendiar su accionar, por ello se expide la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos” luego fue reglamentada por el DS N° 042-2005 PCM, de 11 de junio de 2005.

318 Afirmando esto último ya que con la Constitución Política de 1979, el Estado operaba y se reservaba para sí mismo la explotación en sectores como Energía (eléctrica, petróleo), Infraestructura (puertos, aeropuertos, carreteras, ferrocarriles), así como en el sector de Telecomunicaciones. Ver artículo 113 y 114 de la CPP de 1979 (derogada).

319 FERNÁNDEZ BACA, J. (2004, 34-39).

Cumplidos los puntos iniciales, se da la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) mediante Decreto Ley N° 25868, de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección intelectual, de 6 de noviembre de 1992, como Organismo público descentralizado (OPD) en la actualidad está adscrito a la PCM (mediante Ley N° 27789, de organización y funciones del Ministerio de la Producción, de 23 de julio de 2002), INDECOPI constituye una figura no prevista constitucionalmente que marca un hito histórico en el desarrollo administrativo del Perú. Esta institución nace para promover en la economía peruana, la leal y honesta competencia de todas las formas de propiedad intelectual, así como garantizar que los mercados funcionen adecuadamente, haciendo una suerte de árbitro del mercado.

Finalmente en 1993, dos años después del inicio de la reforma del Estado y de la Administración pública, se promulga la nueva Constitución Política la cual introduce una “economía social de mercado”<sup>320</sup>, para proteger algunos principios sociales del Estado democrático; al menos así ha quedado establecido en buena parte de las Sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante STC): N° 00034-2004-PI/TC, de 15 de febrero de 2005, así como en la STC N° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, en la cual se justifica su intervención y señala que: “[E]l Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los

---

320 Cuya receptividad fue de difícil inclusión en Constitución Política de 1979, y que más bien su incorporación en el derogado texto constitucional “[...] fue fruto de un acuerdo entre el socialcristianismo del Partido Popular Cristiano que lo impulsó y la socialdemocracia representada por el APRA. Mientras que su posterior inclusión en la Constitución de 1993 fue impuesta por la opinión pública”. KRESALJA, B y OCHOA, C. (2009, 355). La economía social de mercado ha de suponer que las decisiones del sector público deben sujetarse al principio de supremacía de la protección del ser humano y de sus derechos fundamentales, en consonancia con los principios que imperan en la Constitución económica. Siendo esto base a estas consideraciones, se justifica la intervención pública en la economía aportando un elemento como es la competencia en sectores específicos como son los servicios de red donde haya que intervenir. Buena parte de la intervención pública en sectores liberalizados y en cada una de sus privatizaciones se produce junto a la liberalización de la economía.

cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo<sup>321</sup>".

### **3. El Proceso de Liberalización de los Servicios Públicos.**

Posteriormente a la aplicación y puesta en marcha del Consenso de Washington, en el Perú, en su tercera ola, se dio cumplimiento de las imposiciones y pactos con el mercado internacional<sup>322</sup>, como también se hizo en otros países sudamericanos, incorporando en sus economías, un conjunto de reglas, ideas o normas en la búsqueda de su inserción en el contexto internacional.

Éste es el cónclave para las reformas en los sectores de red, tanto telecomunicaciones, infraestructura, como energía. Significó en cierta forma la transferencia de acciones de las empresas nacionales que tenían reservada la actividad, por lo que esto se tradujo en la entrega de la concesión y la prestación del servicio.

Ante ello, a mediados de 1991 el Ministro de Transportes, Jaime Yoshiyama, conformó un equipo multidisciplinario para elaborar una norma de promoción de inversión extranjera en el sector de las Telecomunicaciones, de tal forma que sustituyera a la Ley N° 19020, Ley General de Telecomunicaciones, de 9 de noviembre de 1971, como paso inicial para privatizar las empresas de telecomunicaciones<sup>323</sup>. Dichas

---

321 Posición que también es compartida por KRESALJA, B y OCHOA, C. (2009, 361). Del mismo modo ha quedado manifestado en las sentencias del TC que se pueden consultar en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html> ; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html> (última visita: 1/12/2013).

322 KUCZYNSKI, P y WILLIAMSON, J. (2003).

323 Sobre el proceso de privatización de las telecomunicaciones, ver IZAGUIRRE, K. (1995, 25,26). El equipo convocado por el Ministro Yoshiyama, fue conformado por Luis Alberto Maraví (Viceministro de comunicaciones); Henry Llerena (asesor del viceministro de comunicaciones); Rollin Thorne (especialista en telecomunicaciones) y Director por el Estado en la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT); Antonio Paucar, Javier Tovar; General César Barrera (Directores por parte del Estado, de la Compañía Peruana de Teléfonos – (CPT)).

empresas fueron dos: la primera fue la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT), a cargo de la concesión para operar la telefonía local fija en Lima, cuyo 5% era de accionariado estatal. La segunda empresa concesionada a privatizar fue la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), cuyo capital era 100 % estatal, y que operaba el servicio de telefonía local fija en el resto del país, así como el servicio de distancia nacional e internacional.

La elaboración de la Ley de privatización de las telecomunicaciones se vio nutrida con el aporte de los técnicos del Banco Mundial, en su calidad de asesores de la mencionada Comisión, lo que se plasmó en el DL N° 702, de 5 de noviembre de 1991, por el que se declara la necesidad pública del desarrollo de las telecomunicaciones. Fue seguido de la expedición del DS N° 013-93-TCC, de 28 de abril de 1993, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, que en buena parte buscó dinamizar y desmonopolizar el sector. En el mismo sentido sucedió con la Ley N° 26285, de 29 de diciembre de 1993, que disponía la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de telefonía fija local y de Servicios de Portadores de larga distancia.

En el campo específico de promoción de inversiones privadas en infraestructura, mediante DL N° 758, de 8 de noviembre de 1991, se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos, estableciéndose que se podrían otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de infraestructura de los servicios públicos<sup>324</sup>.

Como parte de la aceptación de la voluntad política, económica y técnica del compromiso pactado en dichas privatizaciones y concesiones en el continente sudamericano, fueron creadas posteriormente diferentes instituciones, entes u organismos con el fin de darles estabilidad y

---

324 Ver <http://www.leyes.Congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00758.pdf> (última visita: 8/10/2013).

credibilidad a los inversionistas, pero a la vez supervisando los contratos establecidos con el Estado, así como vigilando y regulando una competencia sana entre los operadores<sup>325</sup>, mediante el artículo 2, de la Ley N° 26791, de 23 de enero de 1998. En particular, en el ámbito relativo al sector infraestructura se creó OSITRAN, Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte, como organismo autónomo y descentralizado, adscrito al sector transportes primigeniamente, pero luego pasó a estar adscrito a la PCM.

Y finalmente, se privatizó y concesionó parte del sector eléctrico. Este proceso de reforma implicó la implementación de políticas que se materializaron con la liberalización y privatización de la industria eléctrica. Para ello fue necesario eliminar las barreras legales y restricciones existentes, así como deshacer los monopolios públicos de servicios y recursos, permitiendo el ingreso de nuevos inversionistas que puedan competir en condiciones de transparencia, igualdad y bajo un esquema de libre mercado.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, de 13 de noviembre de 1991, se estableció que el objeto de la misma es “garantizar la iniciativa y las inversiones privadas”, iniciando así cambios estructurales en diversos campos de la economía nacional. De igual forma, el Decreto Legislativo N° 674, por el que aprueba la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, de 27 de setiembre de 1991, declaró de interés nacional la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, para lo cual se crearon los órganos a cargo de la inversión privada: la Comisión de la Promoción de la Inversión

---

325 Además, el Gobierno se comprometió a eliminar medidas restrictivas contrarias a los principios de acceso al mercado y trato nacional. Según lo dispuesto en la Decisión N° 462, “Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, de mayo de 1999. Para ver las decisiones en materia de telecomunicaciones en los países miembros de la referida Comunidad Andina, se puede acceder al link: <http://www.comunidadandina.org/telecomunicaciones.htm> (última visita: 10/10/2013).



Privada (COPRI), y los Comités Especiales de Privatización (CEPRI) de ELECTROLIMA y de ELECTROPERÚ<sup>326</sup>.

La reforma del sector eléctrico se basó en la apertura de mercados y privatización de la actividad. La Ley N° 25844, de Concesiones Eléctricas de 19 de noviembre de 1992 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93- EM, de 25 de febrero de 1993, plasmó un nuevo diseño de la industria eléctrica, basado en la desintegración de las unidades de generación, transmisión, distribución y comercialización<sup>327</sup>.

#### **4. Orígenes de los OR en el Perú.**

Los OR, como mencioné en el apartado anterior, se crean dentro del proceso de desmonopolización de los servicios públicos cuyo cambio de titularidad es del régimen estatal al privado, producto de la transformación del rol del Estado del bienestar al Estado regulador en los años noventa, que busca competencia, transparencia, credibilidad y eficiencia; todo lo que pueda desarrollar mejor la infraestructura ya existente y permita la competencia en el sector con la entrada de otros operadores en el sector liberalizado<sup>328</sup>.

Cada regulador tiene, como partida de nacimiento, la víspera de la expedición de las leyes de liberalización de los sectores de telecomunicaciones, energía e infraestructura de red y los procesos de promoción de la inversión privada, que con el devenir del tiempo se fueron fortaleciendo de modo tal que se garantiza la estabilidad y la seguridad

---

326 Ver [http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/arc/ML\\_GRAL\\_PI\\_DL674/10-D\\_L\\_674.pdf](http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/arc/ML_GRAL_PI_DL674/10-D_L_674.pdf) (última visita: 8/10/2013).

327 Cabe recordar que antes de la reforma, Electroperú fue la empresa 100% estatal, manejaba las principales unidades del negocio eléctrico en el Perú, a través de su participación accionarial en todas las empresas de generación eléctrica, sistema de transmisión y sistema de empresas regionales de distribución, como Electrolima, Electro Sur Medio, Hidrandina Seal, etc. Situación por la cual se encargó a la Comisión de Promoción de la Inversión Privada - COPRI, subastar las acciones de las empresas eléctricas como Electrolima, Cahua, Edechancay, entre otras.

328 La liberalización ha de suponer la ruptura del monopolio, es decir una apertura al mercado de actividades que solo podía realizar el Estado.

jurídicas para los inversionistas en los sectores desregulados<sup>329</sup>, así como el fortalecimiento institucional<sup>330</sup>, lejos de las intromisiones políticas de los Gobiernos de turno, evitando por una parte la captura del regulador y facilitando, por otra, una supervisión o control del cumplimiento las obligaciones de los operadores emanados de los contratos de concesión, pero que al mismo tiempo se garantizara el acceso a los ciudadanos<sup>331</sup>. Lo manifestado es posible gracias a las flexibles herramientas de gestión con que cuentan los reguladores, su independencia, autonomía y mecanismos de funcionamiento e integración en un mundo globalizado y de integración<sup>332</sup>.

---

329 Cabe mencionar que los dos únicos casos reconocidos son OSIPTEL y OSITRAN y posterior a la expedición de la liberalización del sector eléctrico, se crea OSINERG. En ese mismo sentido lo ha mencionado DANOS ORDOÑEZ, J. (2004, 60-61, 432). También los especialistas ALCÁZAR, L y LOVATÓN, R. (2003, 4,6,7).

330 Respecto al fortalecimiento institucional, ver el aún Proyecto de Ley N° 878/2011-CR, del fortalecimiento de los OR de la inversión privada en los servicios públicos, de 9 de marzo de 2012. Ver los artículos 3 y 4 del referido Proyecto de ley, en donde se excluye del Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF), y solo obliga a informar sobre su ejecución financiera y presupuestal a través de este sistema, excluyendo a los OR; pero de ninguna manera sujetarse a la aprobación del Ministerio correspondiente. Del mismo modo, obliga a comparecer a los Presidentes de los Reguladores una vez por año. Ver links de la Comisión de Defensa de la Competencia y Organismos Reguladores. Ver [http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/d99575da99ebf8e305256f2e006d1cf0/f0d4332ec8a939d7052579bd000818bf/\\$FILE/PL00878090312.PDF](http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf8e305256f2e006d1cf0/f0d4332ec8a939d7052579bd000818bf/$FILE/PL00878090312.PDF) (última visita: 1/6/2015).

331 Y esto ha quedado configurado en la STC N° 0858-2003-AA/TC, F.J 15, cuando señala que: “En el ámbito de la prestación del servicio público de telefonía, el genérico deber especial de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, está en manos de OSIPTEL [...]. Una de las maneras de cumplir ese deber especial de protección es impidiendo que los agentes económicos dedicados a la prestación del servicio público de telefonía abusen de los derechos que se puedan derivar de la suscripción de contratos para la prestación de este servicio público y, muy particularmente, del contenido desproporcionado de ciertas cláusulas de contratación que en ese ámbito se insertan en tales contratos [...]”. Ver link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html> (última de visita: 1/6/15).

332 Dentro de los espacios de integración y de cooperación regional tenemos que el sector eléctrico en la región andina (CAN) también ha desarrollado su propia dinámica, no liberalizadora como en el caso de las telecomunicaciones sino, más bien, integradora de acuerdos energéticos, de “corte cooperativo” entre países miembros, con una agenda energética significativa. Hasta tal punto que en diciembre de 2002 se aprobó la **Decisión 536 “Marco General para la Interconexión Subregional de Sistemas Eléctricos e Intercambio Intracomunitario de Electricidad”**, que brindó el marco jurídico comunitario para impulsar el desarrollo cooperado eléctrico entre los países miembros.

Un claro ejemplo es que en marzo de 2003 se inauguró la interconexión eléctrica Colombia – Ecuador, con importantes beneficios para ambos países. Y hacia julio de 2005, Bolivia anunció su decisión de adherirse a dicha norma comunitaria.

Posteriormente el derecho comunitario andino ha desarrollado una intensa legislación en materia energética de integración como son las Decisiones N° 720 que suspende la Decisión N° 536; la Decisión N° 757 que sustituye a la Decisión N° 720. Para conocer los detalles de la agenda energética CAN, así como el íntegro de sus decisiones se podrá acceder al presente

Como señala M. Castillo Freyre: “[...] la herramienta de los reguladores consiste en el entendido de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de reglas y los requerimientos institucionales”<sup>333</sup>. Para ello es necesario el ejercicio de potestades de regulación económica principalmente en materia de determinación de tarifas, promoción de la competitividad en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio.

Un fuerte paquete normativo empezó con la redacción del DL N° 702, por el cual “Declaró de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y se aprobaron normas que regulaban la promoción de la inversión privada”, de 5 de noviembre de 1991, por la cual se creó OSIPTEL, así como la Ley N° 26917, de 23 de enero de 1998 por la cual se creó OSITRAN. Estas dos normas sirvieron de cimiento para posteriormente emitir y desarrollar y compilar la Ley N° 27332, de 29 de abril de 2000, Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos (LMOR) con el propósito de establecer normas básicas, comunes y concordadas de organización y funcionamiento de dichas entidades.

En este sentido la LMOR clarifica y justifica cuáles serán las entidades que formarían parte de los OR: OSIPTEL (Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones), OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), SUNASS (Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento) y OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público), adscritos a la PCM.

---

enlace web: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=71&tipo=TE&title=ENERGÍA> (última visita: 9/4/2013). Finalmente se ha producido la conformación de **Comité Andino de Organismos Normativos y Reguladores de Servicios de Electricidad (CANREL)**.

<sup>333</sup> CASTILLO FREYRE, M. (2011,24). Junto a ello, también se requiere dotarlos de potestades de sanción, control, autorización, arbitraje y de regulación. En el mismo sentido se pronuncia SOSA WAGNER, F. (2004,148).

Esta norma los define, como se verá más adelante, para cada caso en particular como Organismos con personalidad jurídica de derecho público y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Finalmente, cabe señalar que la LMOR no derogó normas de creación anteriores, ni tampoco reemplazó a las leyes preexistentes que establecían el régimen legal de cada organismo regulador, las cuales están vigentes hasta la fecha.

Actualmente, el Poder Ejecutivo ha dictado nuevos estatutos para cada uno de los OR. Normas posteriores que hacen el esfuerzo de homogeneizar el régimen jurídico de los OR para reforzar su independencia, autonomía y potenciar así sus potestades de supervisión, regulación, autorización, control, sanción y arbitraje.

## 5. Régimen legal de los OR en el ordenamiento Peruano.

El ordenamiento jurídico peruano recoge dos clases de administraciones instrumentales o entes neutrales bien marcados y definidos: los “Organismos constitucionalmente autónomos” (de tipo independiente) o de anclaje constitucional)<sup>334</sup> y, otro tipo de entes definidos por la Ley 29158,

---

334 Para acceder a los Organismos constitucionales e independientes, ver: [http://www.peru.gob.pe/gobierno/list\\_instituciones\\_alfabetico\\_nuevo.asp?Cod=32&poder=Organismos Aut6nomos](http://www.peru.gob.pe/gobierno/list_instituciones_alfabetico_nuevo.asp?Cod=32&poder=Organismos Aut6nomos) (última visita: 17/07/2014). Estos Organismos son:

- Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) artículos 84, 86 de la CPP (regula y fiscaliza).
- Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) artículos 150, 154, 155, 156, 157 de la CPP.
- Contraloría General de la República (CGR) artículo 82 de la CPP (supervisa y fiscaliza).
- Defensoría del Pueblo (DP) artículos 161, 162 de la CPP.
- Jurado Nacional de Elecciones (JNE) artículos 177, 178, 179, 180, 181 de la CPP (fiscaliza y supervisa).
- Ministerio Público-Fiscalía de la Nación (MPFN) artículos 158 al 160 de la CPP.
- Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) artículos 177 182 de la CPP (supervisa, fiscaliza).
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) artículos 177, 183 de la CPP.
- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) artículo 87 (supervisa y fiscaliza).
- Tribunal Constitucional (TC) artículos 201 y ss de la CPP.

RUBIO CORREA, M. (2012, 166), define a estos 6rganos como los “(...) que comparten atribuciones con los tres poderes del Estado, aunque su esfera de poder es m6s especializada y conconrada”.

orgánica del poder ejecutivo, de 20 de diciembre de 2007 (LOPE) como: Organismos públicos (Organismos no constitucionales) adscritos de cierta manera a los ministerios de sus respectivos sectores<sup>335</sup>, atípicos en cuanto su naturaleza y funcionamiento; dentro de estos últimos tenemos dos subtipos: los organismos públicos ejecutores y a los organismos públicos especializados dentro de este encontramos a los OR<sup>336</sup>, materia de este estudio.

Estos últimos no nacen expresamente del mandato constitucional, sino que, al igual que en España, nacen de manera legislativa mediante su propia ley de creación y posterior recogimiento en la Ley N° 27332, “Marco de los organismos reguladores de la inversión privada”, de 29 de julio de 2000.

El primer OR formalmente creado fue INDECOPI, mediante Ley N° 25868, de 6 de noviembre de 1992, de modo inicial era definido como “(...) organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Tiene personería jurídica de derecho público y goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa” (artículo 1).

---

335 Cuando me refiero al término “adscripción” se debe entender la recogida y encuadre que se trata de justificar en el aparato gubernamental, cuyo responsable es el Presidente del Consejo de Ministros. Ver artículo 28 de la LOPE:

“[L]os Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional.

Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Públicos Ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

2. Organismos Públicos Especializados, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo”.

Puede verse el siguiente link: <http://www.pcm.gob.pe/NuestraInst/organigrama-pcm.html> (última visita: 17/7/2014).

336 Ver artículo 31 de la LOPE:

“[L]os Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores.

2. Organismos Técnicos Especializados”.

Ver <http://www.peru.gob.pe/does/estadopdf> (última visita: 24/7/2014).

Sin embargo, como se dijo anteriormente en la actualidad el INDECOPI es un OPD que goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa adscrito a la PCM por disposición del artículo 1 del DL N° 1033, Ley que aprueba la organización y funciones del INDECOPI, de 24 de junio de 2008.

Finalmente esté “Ente” a mi criterio es el pilar o piedra angular del típico modelo de Agencia de EE.UU reguladora del mercado y de la competencia.

La tendencia en la creación de OR en Perú avanza fiel al estilo de la corriente liberalizadora de la época con la creación de Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), mediante DL N° 25965, de 19 de diciembre de 1992.

Esta se gestó como institución pública descentralizada del que fuera el Ministerio de la Presidencia<sup>337</sup> como se aprecia en la normativa que diera a luz a este organismo. No nace como “Organismo Regulador” sino como una Institución que propone políticas y normas al titular del sector<sup>338</sup>.

Un dato curioso de SUNASS es que es el único ente denominado “regulador” que actúa en un sector que aún no ha sido privatizado, por lo cual podría cuestionarse si en realidad es propiamente un regulador.

A pesar de que al inicio de las privatizaciones se creó un comité especial de privatización con este fin, éste nunca llegó a progresar<sup>339</sup>.

---

337 Para situarse, ahora adscrito a la PCM como un OPD.

338 Actualmente la SUNASS es el Ente responsable de la calidad de los servicios prestados, la regulación tarifaria, así como las coordinaciones intersectoriales, la aprobación de los planes de inversión y la supervisión de dichas inversiones.

339 En 1998, SUNASS había reconocido a 145 Empresas prestadoras de saneamiento (EPS) incluyendo a SEDAPAL. La mayoría de estas empresas es propiedad de las Municipalidades y prestan servicios en 112 provincias a lo largo del país. Estas empresas estaban en una crítica situación financiera y por ello en agosto de 2000 el Gobierno decretó una Ley de Agua Potable y Alcantarillado para tratar de solucionar este problema. Para ello creó un Comité especial CEPRI saneamiento, al interior de la Comisión de promoción de la inversión privada (COPRI), para promover la inversión privada en empresas municipales de agua potable. Esta CEPRI inició su labor a medidas del año 2000 concentrándose en la región norte del país donde

Seguido del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones llamado OSIPTEL, mediante Ley N° 26285, de 12 de enero de 1994<sup>340</sup>, denominada Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, que en sus artículos 5, 6, 7, 8 y 9 describe de manera tenue el “rol supervisor” del OSIPTEL como el adecuado cumplimiento de los servicios públicos ofrecidos por las empresas, así como su naturaleza, objetivos y funciones.

La creación del OSIPTEL es una continuación de una etapa post-desmonopolización de los servicios de telefonía, pues OSIPTEL no solo aprueba las normas que regulan este sector, sino que también supervisa y fiscaliza la promoción de la inversión privada en telecomunicaciones, así como el Fondo de Inversión de Telecomunicaciones (FITEL). Las funciones de este regulador fueron reglamentadas por el DS N° 062-94-PCM en agosto de 1994<sup>341</sup> y luego derogado por el DS N° 008-2001-PCM.

Con fecha 31 de diciembre de 1996, mediante Ley N° 26734, nace el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), creado para inspeccionar (supervisar) y fiscalizar el cumplimiento de la normativa del

---

existía un mayor apoyo a este proceso. Aunque es prematuro, en tanto exista compromiso municipal, es factible que en el futuro las empresas municipales de agua potable y alcantarillado sean entregadas en concesión al sector privado para su operación.

340 No obstante, he encontrado una remota transformación de la “Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones (CRTC)” que con el tiempo pasó a formar parte de OSIPTEL, establecida en DL N° 26095, de 29 de diciembre de 1992.

341 Vía expedición del DL N° 702, de 5 de noviembre de 1991, por lo que, se declara de “necesidad pública” el desarrollo de las telecomunicaciones y se aprobaron normas que regulaban la promoción de la inversión privada. Junto a lo descrito el DS N° 06-94 TCC, “Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, de 11 de febrero de 1994. Del mismo modo se expidió el DS N° 11-94-TCC, por el cual se aprueba contrato de concesión a celebrarse entre el Estado, representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y de otra parte la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A y ENTEL PERÚ S.A. con la finalidad de la prestación de Servicios Portadores y Telefónicos locales y de larga distancia nacional e internacional, de 13 de mayo de 1994. Para conocer los detalles del Decreto Supremo en mención y revisar el contrato se puede ingresar al mismo en:

[http://www.mtc.gob.pe/portal/contratos\\_telefonica/Contrato%20TdP%20parte%201.pdf](http://www.mtc.gob.pe/portal/contratos_telefonica/Contrato%20TdP%20parte%201.pdf) (última visita: 12/12/2013). Mientras que el contrato de telefonía móvil se puede obtener del siguiente link:

<http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/SATELECOM/telefoniamovilnacionalexceptolimaycallao/Contrato.pdf> (última visita: 12/12/2013).

sector eléctrico y del de hidrocarburos, así como las normas relativas al medio ambiente vinculadas al sector en el contexto ya narrado anteriormente. La diferencia con los demás reguladores es que el sector hidrocarburos no constituye servicio público sino actividad privada, como así lo advierte J. Danos Ordoñez<sup>342</sup>. Sin embargo, a mi juicio, esta competencia debe ser comprendida en aras de salvaguardar el interés público, toda vez que los hidrocarburos y su actividad sectorial son para salvaguardar la seguridad de las personas y del medio ambiente.

Y finalmente, en 1998 fue creado el Organismo Supervisor en la Infraestructura denominado OSITRAN, mediante Ley N° 26917, de 23 de enero de 1998, con el fin de regular el comportamiento de los mercados donde actúan las empresas que explotan servicios de infraestructura de transporte de uso público, así como los contratos de concesión.

Lo que primero se transfirió por la COPRI<sup>343</sup> fueron las telecomunicaciones y la energía eléctrica, pese a que el perfeccionamiento

---

342 DANOS ORDOÑEZ, J. (2004b, 432).

343 Comisión de Promoción de la Inversión Privada con el fin de evaluar los primeros resultados del proceso privatizador, hoy convertida en PROINVERSIÓN. El 2002, mediante Decreto Supremo N° 027-2002-PCM, se dispuso la fusión de la COPRI, que previamente había adquirido las funciones de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI), con la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE), la Gerencia de la Comisión Económica de Promoción del Perú (PROMPERÚ), y la dirección ejecutiva del FOFRI. Estos Organismos pasaron a constituirse de acuerdo al Decreto Supremo en mención como: Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN). Esta última se divide, a su vez, en un área encargada de privatizaciones y en otra encargada de concesiones. La Agencia PROINVERSIÓN, de acuerdo a su ley de creación, es un organismo público, descentralizado, adscrito al sector economía y finanzas (Ministerio de Economía y Finanzas), con personalidad jurídica propia, autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. Ver este enlace:

[http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/arc/ML\\_PROINVERSION\\_FILES/1-DS\\_027-2002-PCM.pdf](http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/arc/ML_PROINVERSION_FILES/1-DS_027-2002-PCM.pdf)

Tiene como misión, promover la inversión del sector privado en empresas e infraestructura pública, con el fin de impulsar la competitividad de Perú y su desarrollo sostenible para mejorar el bienestar de la población.

El Consejo Directivo de PROINVERSIÓN está integrado por ocho ministros del Estado peruano, que guardan una estrecha relación con los procesos de privatización o de concesión. Entre los ministros que integran el Consejo Directivo se encuentran el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Transportes y Comunicaciones.

Entre otras, corresponden a PROINVERSIÓN las siguientes funciones:

Brindar asesoramiento y apoyo a los Gobiernos regionales, a los Gobiernos locales y a otras entidades del Estado, en materia de promoción de la inversión privada.



de nuestro ordenamiento se ha producido entre los años 2000 a 2005. La LMOR, que establece la inversión privada en los servicios públicos, se expide en el año 2000 mientras que el Reglamento de la misma se produce mediante DS N° 042-2005 PCM, de 11 de junio de 2005, para luego establecer que los cuatro OR se adscriban al Organigrama del Estado a la PCM<sup>344</sup>.

Entre las normas que le son aplicables a los OR ya mencionados para su funcionamiento, se encuentran las siguientes normas:

- Ley Orgánica N° 29209, Ley que modifica el artículo 24, inciso 1, de la Ley N° 29158, de 7 de abril de 2008, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE).
- Ley N° 29158, de 20 de diciembre de 2007, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

---

Analizar el entorno para adoptar o recomendar medidas legales o administrativas y políticas sectoriales, orientadas a facilitar el desarrollo de la inversión privada.

Apoyar a inversores privados en la gestión de trámites y actividades necesarias para materializar las correspondientes iniciativas y proyectos de inversión con apego a ley.

Identificar oportunidades de inversión privada y potenciales inversores privados y promover su desarrollo.

Promover la incorporación de la inversión privada en servicios públicos y obras públicas de infraestructura, así como en activos, proyectos y empresas del Estado y demás actividades estatales, con apego a la legislación sobre la materia.

Identificar dificultades, trabas y distorsiones que afecten a los procesos de promoción de la inversión privada, coordinando con las entidades de los distintos niveles de Gobierno y con los inversores privados para superarlas.

Proponer y ejecutar la política de promoción de la inversión privada, en concordancia con los principios establecidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, los planes económicos y la política de integración.

Para VASALLO MAGRO, J.M y IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. (2010, 298), la creación de PROINVERSIÓN puede considerarse: “[...] como un éxito a imitar por otros países en vías de desarrollo que quieran promover la participación privada en infraestructura. En primer lugar, ha servido como nexo entre el sector público y el sector privado, pues ha facilitado el acceso a los proyectos al sector privado y, a su vez, ha contribuido a que el sector privado comprenda mejor las necesidades del sector público”.

Del mismo modo, los mencionados autores señalan que: “[...] ha permitido que las administraciones públicas, cuyo conocimiento de los requerimientos de inversión por parte del sector privado son habitualmente escasos, cuenten con un órgano especializado para promover la financiación privada de proyectos. En tercer lugar, ha permitido, gracias a su labor de asesoramiento, que la participación privada llegue a todas las regiones y municipios de Perú, incluso a aquéllos que se encuentran más alejados. Finalmente, la creación de PROINVERSIÓN ha tenido un costo muy bajo para el sector público, ya que se financia a través de pequeñas cuotas que cobra a los proyectos que promueve”.

344 Como se habrá podido apreciar en <http://www.PERÚ.gob.pe/does/estadopdf> (última visita: 12/7/2013). Así también por la LOPE en su apartado 2 del artículo 32.

- DS N° 042-2005-PCM, de 8 de junio de 2005, Reglamento de la LMOR de la Inversión Privada de los Servicios Públicos.
- DS N° 103-2012-PCM, de 14 de octubre de 2012, Reglamento del concurso público para la selección de los postulantes al cargo de miembros del Consejo Directivo de los OR de la inversión privada de los servicios públicos.
- RM N° 141-2013, de 3 de junio de 2013, conformación de selección encargada de conducir el concurso público para la selección de postulantes al cargo de miembro del Consejo Directivo de los OR de la inversión privada de los servicios públicos.

Estas normas se complementan con las demás normas aplicables a la Administración pública en general y del personal a su servicio, entre las que tenemos:

- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y su modificatoria por el DL N° 1024.
- Texto único ordenado de la Ley N° 27584, del contencioso administrativo, modificado por el DL N° 1067, de 28 de agosto de 2008.
- Ley N° 30281, de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2015.
- Ley N° 30057, de 3 de julio de 2013, Ley del Servicio Civil.
- Ley N° 28175, de 19 de febrero de 2004, Ley Marco del Empleo Público.
- Ley N° 28212, de 27 de abril de 2004, Ley que regula los ingresos de los altos funcionarios autoridades del estado y dicta otras medidas.
- Ley N° 27815, de 13 de agosto de 2002, Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- Ley N° 27594, de 6 de noviembre de 2001, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el Nombramiento y designación de funcionarios públicos.

- Ley N° 27588, de 13 de diciembre de 2001, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.
- D. Ley N° 11377, de 29 de mayo de 1990, Estatuto de Escalafón del Servicio Civil.
- DL N° 1057, de 27 de junio de 2008, Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.
- DL N° 728, de 8 de noviembre de 1991, Ley de Fomento del Empleo.
- DL N° 276, de 24 de marzo 1984, Ley de Bases de la Carrera Administrativa.
- DS N° 005-90-PCM, de 18 de enero de 1990, Reglamento de la Carrera Administrativa.

## **6. Naturaleza jurídica de los OR a la luz del Tribunal Constitucional Peruano.**

No se ha realizado un debate doctrinal en el Perú sobre el papel de los OR, ni un trabajo que analice la problemática de los mismos. Tampoco se utiliza una categoría exacta y uniforme para definir o aproximar un concepto más que el marco establecido en la Ley de su creación. Sin embargo, el TC peruano ha intentado dar una aproximación conceptual en la STC N° 005-2003-AI, de 3 de octubre de 2003 en su F.J10 inciso 41; así como en la STC N° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003 en su F.J 8 inciso 41, ha esgrimido la naturaleza de los reguladores desde una doble posición, por un lado de índole funcional y de otro lado tutelar del mercado<sup>345</sup>. Ambas coinciden que este tipo de entes posee un grado mínimo de intervención del Estado en la economía al cual pretendo

---

345 Así ha quedado plasmada en la STC F.J 10 apartado 41: “La supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por Ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público; y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable”. Para analizar las sentencias del TC, ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI.html> (última visita: 18/9/2013).

justificar en adelante para aproximarme a precisar su propia naturaleza jurídica<sup>346</sup>.

## **7. Naturaleza jurídica de los Reguladores según la LOPE de 2007.**

La Ley N° 29158, de 20 de diciembre de 2007 conviene en ampliar la naturaleza jurídica de los “Reguladores” rebautizándolos como “Organismos Públicos Especializados”, que a su vez son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo con personalidad jurídica de Derecho Público, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo. Con ello reclasifica y reordena las funciones de los reguladores. Así ha quedado confirmado en el artículo 28 que señala que: “Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personalidad jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional”. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Públicos Ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.
2. Organismos Públicos Especializados, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo<sup>347</sup>.

Y dentro de este último tipo de “Organismos Públicos Especializados” se sitúan los OR (artículo 31 inciso 1, del mismo cuerpo de normas analizado)<sup>348</sup>.

---

346 Para profundizar en la materia se cita parte in fine del F.J 39 de la STC N° 00034-2004-PI/TC, de 15 de febrero de 2005 por la cual se establece que: “[...] el Estado a través de los denominados Organismos Reguladores, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, generar condiciones de competencia en los segmentos donde esta sea posible”. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html> (última visita: 18/9/2013).

347 Salta mi duda de qué pasaría con el nuevo regulador SUTRAN por Ley N° 29380, de 16 de junio de 2009. Por las razones que expongo seguidamente el mencionado Ente ha sido creado bajo iniciativa legislativa N° 3145-2008/CR y sancionado por el mismo pleno del Congreso. Considero que la suerte del SUTRAN sea la misma que SUNASS con muy poco margen en el sector que se desenvuelve, y con una cuasi autonomía.

Nótese la evolución normativa de la LOPE en comparación con la LMOR por la cual, en su artículo 2, deja constar en su momento el concepto y la naturaleza jurídica de los cuatro “reguladores”: “Los OR a que se refiere el artículo precedente son Organismos públicos descentralizados adscritos a la PCM, con personalidad de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera<sup>349</sup>”.

A mi juicio esta comparación evidencia que existen tres momentos de evolución de los OR en el Perú respecto a su fortalecimiento institucional: en un primer momento, su creación (1991 – 1998); en un segundo periodo (2000 – 2005), para reforzarlos y dotarlos de una naturaleza especial a fin de que puedan afrontar los retos que le impongan la sociedad y el mercado (fácilmente palpable en la LMOR y su Reglamento así como en las demás modificaciones); y, finalmente, el tercer periodo (2007 – 2009) con la expedición de la LOPE que ha fijado mecanismos y condiciones para que se creen nuevos reguladores así como la creación de un quinto “Organismo Regulador”, la SUTRAN. Pero al mismo tiempo los subordina al Ministerio de su sector, lo cual hace que pierdan su independencia<sup>350</sup>.

Por otro lado, el inciso 1 del artículo 32 de LOPE señala la justificación de los OR. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio

---

348 Los Organismos Públicos Especializados “[...]tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos: apartado 1. Organismos Reguladores [...]”. En ambos casos, su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción se acuerdan por Decreto Supremo con el voto favorable del Consejo de Ministros.

Los Reglamentos de Organización y Funciones respectivos se aprueban por Decreto Supremo con el voto favorable del Consejo de Ministros. Ver texto íntegro de la norma [http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Publico/3\\_3\\_Ley\\_29158.pdf](http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Publico/3_3_Ley_29158.pdf) (última visita: 10/6/2013).

349 El artículo en mención es el 1 por el cual se señala que son OR: OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS, SUTRAN.

350 Por ejemplo, es el caso de OSINERGMIN sujeto al Ministerio de Energía y Minas (MINEN) desde del inicio hasta la fecha.

nacional. Las antiguas normas creadoras y Reglamentos internos se verán afectados para poder homogeneizar lo dispuesto en la LOPE<sup>351</sup>.

En resumen, tendríamos una Ley de creación así como el Reglamento propio de cada Organismo Regulador, la LMOR, sin contar con la LOPE por la situación de los OR y en especial a los reguladores de red, lo que quedaría de la siguiente forma, como se detalla a continuación:

**Tabla N° 11. Normativa de creación de los OR**

Organismos reguladores de red	Ley de creación OR	Reglamento de OR
<b>OSIPTEL</b>	DS N° 702, de 8 de noviembre de 1991.	DS. N° 062-94-PCM, de 9 de agosto de 1994 (derogado por DS. N° 08-2001-PCM).
<b>OSINERG</b>	- Ley N° 26734, de 31 de diciembre de 1996.	DS. N° 054-2001-PCM, de 9 de mayo de 2001.
<b>OSINERGMIN</b>	- Ley 28964, de 24 de enero de 2007, conforme los artículos 1, 2 y 18.	DS. N° 055-2001-PCM, de 17 de mayo de 2001.
<b>OSITRAN</b>	Ley N° 26917 de 23 de enero de 1998.	DS N° 044 – 2006 – PCM modificado por el DS N° 057-2006-PCM/ posteriormente modificado por DS 046-2007 de 27 de mayo de 2007 a la fecha.

351 Que tiene mayor rango de ley que el resto de su ordenamiento previo.

Sub-tipo de Órganos reguladores	Ley de creación OR	Reglamento
<b>SUNASS</b>	D. Ley N° 25965, de 18 de enero de 1994.	DS N° 024-94 publicado el 27 de octubre de 1994, y luego modificado por el DS. N° 017-2001, de 21 de febrero de 2001.
<b>SUTRAN</b>	Ley N° 29380, de 16 de junio de 2009.	DS N° 021-2010, de 23 de abril de 2010.

Elaboración: Propia

La LMOR trata de armonizarse con las leyes de creación, al menos con OSINERGMIN, toda vez que respecto del OSIPTEL, en su fase originaria, estaba condicionada al Presidente de la República, al modo del típico modelo de Agencias estadounidenses<sup>352</sup>.

**Tabla N° 12. Comparación de la naturaleza jurídica de los OR: LMOR vs. Ley de Creación**

LMOR N° 27332 LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES (LMOR).	LEY DE CREACIÓN POR SECTOR OSIPTEL/ OSINERGMIN donde define de manera normativa la naturaleza jurídica.
<p>Naturaleza Jurídica para las CRI y el resto de OR (artículo 2 de la LMOR) :</p> <p>Los OR a que se refiere el artículo precedente “(...) son Organismos públicos descentralizados adscritos a la PCM, con personería de derecho público interno y con</p>	<p><b><u>Naturaleza Jurídica:</u></b></p> <p>Para OSIPTEL artículo 80 del DS. N° 701. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, lo define como “(...)un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera y cuyas funciones fundamentales son las siguientes(...)”.</p> <p>Para OSINERGMIN artículo 1 de Ley N° 26734 (Ex</p>

<sup>352</sup> Se dice que la creación de OSIPTEL no fue en su momento transparente, ni participativa, sino por iniciativa directa del Presidente de la República y tuvo como participantes: el Banco Mundial, el Programa de Naciones Unidas (PNUD) así como consultorías canadienses. Un caso muy similar es el argentino que cuenta con numerosos reguladores de servicios públicos que, aun cuando se dice que actúan con independencia del Poder Ejecutivo, se encuentran en la órbita del mismo. Ver CASSAGNE, J.C. (2001, 480-481).

<p>autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera”.</p>	<p>OSINERG) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), es definido como “(...)un organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos siendo parte integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por la Comisión de tarifas Eléctricas, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de Derecho Público Interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera, pertenece al Ministerio de Energía y Minas”.</p>
<p>Artículo 3 Función supervisora/ Función normativa/ Función fiscalizadora y sancionadora/ Función de solución de controversias/ Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.</p>	<p>OSINERG) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), es definido como “(...)un organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos siendo parte integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por la Comisión de tarifas Eléctricas, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de Derecho Público Interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera, pertenece al Ministerio de Energía y Minas”.</p>

Elaboración: Propia

La naturaleza jurídica de los llamados OR (no de todos) en el Perú es de corte administrativo. Sin embargo, se presentan elementos de tutela, garantía, promoción y fiscalización del mercado en que actúan, unidos a una característica de dualidad participativa en el mercado, como es crear las condiciones y correctivos para un adecuado desenvolvimiento del mercado evitando así posibles distorsiones. De ahí es que viniera su nombre de regulador, porque permite que los inversionistas que operan en los sectores liberalizados puedan operar en condiciones adecuadas con un marco de estabilidad jurídica apropiada, siendo así cómo la presencia del Estado (bajo una doble vertiente) se hace sentir.

Toda vez que los OR de los servicios en red dependen del Ejecutivo al estar adscritos a la PCM, se encuentran obligados, por un lado, a tutelar el derecho de los usuarios a una prestación continua con eficiencia y eficacia del servicio público declarado como de interés público<sup>353</sup>. Compete, dentro

---

353 El ordenamiento peruano y en el sentido estricto del TC en su STC que recae en el Expediente N° 3283-2003-AA/TC, de 15 de junio de 2004, cuyas partes son: TAJ MAHAL



de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la fiscalización, supervisión de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas. Por otro lado, suministra el marco regulador adecuado que corrija distorsiones del mercado en el que operan los servicios demaniales.

En buena cuenta se podría decir que los OR en los sectores liberalizados han de velar por el estricto y necesario funcionamiento del sector para el cual han sido creados, promover nuevas inversiones (ingreso de nuevos operadores que compitan en el mercado), desarrollando y diseñando mecanismos que permitan mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión en los distintos sectores donde están presentes<sup>354</sup>.

## **8. Características de los OR.**

Las características que poseen los reguladores peruanos de acuerdo a la LMOR y a la LOPE son:

- Ser organismos públicos especializados.
- Tener una organización administrativa, ya que se encuentran descentralizados y adscritos a la PCM y a un sector determinado<sup>355</sup>.

---

DISCOTEQUE y otro, en el F.J 33 se define el interés público como el : “[...] conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, merítua o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social.

En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares”. Ver sentencia completa con votos de discordia de los magistrados del TC peruano en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html> (última visita: 5/9/2013).

354 Esto último ha quedado claramente fijado en el F.J 8 apartados 40, 41 de la STC de 11 de noviembre de 2003, que recae en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html> (última visita: 1/3/2013) .

355 Por ejemplo el artículo 34 de la LOPE establece los “Instrumentos de evaluación estratégica sobre los Organismos Públicos” por el cual lo sujeta de forma directa a la supervisión y fiscalización de su sector. Obsérvese lo dispuesto en el artículo que se menciona:

- Tienen una cuasi autonomía e independencia del Poder Ejecutivo.
- Realizan seis funciones básicas (contenidas en la LMOR de 2000):
  - i) Supervisar (artículo 3.1 letra a.);
  - ii) Regular (artículo 3.1. letra b.);
  - iii) Normar (artículo 3.1. letra c.);
  - iv) Fiscalizar y sancionar (artículo 3.1. letra d.);
  - v) Solucionar controversias (artículo 3.1. letra e.);
  - vi) Función de resolución de reclamos (artículo 3 letra f.)
- El número de sus miembros están señalados por una misma LMOR.

Cada OR fue concebido, en un determinado tiempo, mediante una ley de creación propia de desarrollo y naturaleza jurídica en su sector, así recordemos: SUNASS (1992), OSIPTEL (1994), OSITRAN (1998), OSINERG (1996) <sup>356</sup>. Posteriormente en el año 2000 mediante la expedición de la LMOR, el legislador les ha dado un marco general y homogéneo potenciándolos como ha quedado establecido en el artículo 1 de la misma Ley<sup>357</sup>.

OSIPTEL y OSINERGMIN presentan las siguientes características específicas:

### **8.1. Para el caso de OSIPTEL.**

---

“Los Organismos Públicos [...]” “[...]En el marco de los procesos de modernización y de descentralización del Estado, la Presidencia del Consejo de Ministros evalúa a los Organismos Públicos Ejecutores a fin de determinar la necesidad de su continuidad. El procedimiento de evaluación se establece por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.”

356 Tres años después de iniciarse el proceso de privatización del mercado eléctrico pasó a transformarse en OSINERGMIN.

357 Artículo 1. Ámbito de aplicación y denominación: La presente ley es de aplicación a los siguientes Organismos a los que en adelante y para efectos de la presente ley se denominarán Organismos Reguladores:

- a) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL);
- b) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG);
- c) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN); y
- d) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

El Organismo Regulador de las Telecomunicaciones presenta peculiaridades o mecanismos singulares de designación con respecto a la CNMC española, como es el concurso público tasado; es decir, no contempla la figura del nombramiento, sino la designación por concurso sin pasar por el “tamiz” del Congreso de la República. El mecanismo de selección que emplea es por etapas eliminatorias y sin posibilidad de impugnar el concurso y, a diferencia de su equivalente española, es en estricto orden de méritos profesionales, como se verá a continuación.

### **8.1.1. Designación.**

La designación de los miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL<sup>358</sup> está sujeta a una dispersa y farragosa normativa vigente<sup>359</sup>, que se inicia con la expedición de una resolución emitida por la PCM, por la que se conforma la Comisión de selección de postulantes al cargo de miembro del Consejo Directivo, dentro de los dos meses previos al vencimiento del periodo de los miembros de dicho Consejo, según lo prescrito en el artículo 2 del DS N° 103-2012-PCM, Reglamento del concurso público para la selección de los postulantes al cargo de miembros del Consejo Directivo de los OR de la Inversión Privada, de 14 de octubre de 2012.

Esta Comisión está compuesta en todos los OR por cuatro miembros: dos de ellos propuestos por la PCM, uno de los cuales lo presidirá y tendrá

---

358 El Consejo Directivo es el Órgano máximo de los OR peruanos. Para el caso del OSINERGMIN, por excepción, el número de miembros o integrantes del Consejo Directivo es de seis personas, basta ver el apartado 6.1 del artículo 6 de la LMOR.

359 No obstante, en la legislación peruana se han recogido esfuerzos con la redacción del Decreto Supremo N° 103-2012-PCM, de 14 de octubre de 2012, por el que se aprueba el Reglamento del concurso público para la selección de los postulantes al cargo de miembros del Consejo Directivo de los OR de la Inversión Privada de los Servicios públicos, <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/DS-103-2012-PCM.pdf> (última visita: 8/4/2013). Del mismo modo la Ley N°27332, de 29 de julio de 2000, Marco de los Organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos, en concordancia con el DS. N° 042-2005PCM, de 8 de junio de 2005, Reglamento de la LMOR, sus modificaciones como la Ley N°28337, de 13 de octubre de 2004, que modifica diversas disposiciones de la Ley N°27332. Anteriormente el DS. N° 014-2008-PCM, establecía la creación de una comisión para evaluar a los candidatos al Consejo Directivo de los Reguladores. Ver <http://archivogeneral.gob.pe/home/Sub-NI/reglamento/NL20080226.PDF> (última visita: 21/7/2013).

voto decisivo, uno por el MEF y uno por el Ministro del sector al cual pertenece la actividad regulada.

Dentro de los tres días hábiles posteriores a la instalación de la Comisión, la misma convoca a concurso público<sup>360</sup>, para lo cual el artículo 9 establece una serie de etapas eliminatorias y de asistencia presencial en cada una de ellas<sup>361</sup>:

- a. Etapa de convocatoria.
  - a.1. Postulación.
  - a.2. Declaración de postulante apto.
- b. Etapa de evaluación.
  - b.1. Evaluación curricular
  - b.2. Entrevista personal.
- c. Etapa de selección.
  - c.1. Formulación de propuesta de lista por la Comisión.

La Comisión de selección de postulantes se extingue con la entrega de la lista de candidatos con mayor puntaje apto, la misma que es alcanzada al Presidente del Consejo de Ministros y, a su vez, se pone en conocimiento al Presidente de la República.

---

360 Nótese el artículo 10 del DS N° 103-2012-PCM, relativo a la convocatoria y su vigencia: la Comisión de Selección realizará la convocatoria al concurso público, respecto de cada uno de los Consejos Directivos de los OR a través de un aviso a publicarse, por única vez, en el Diario Oficial El Peruano y en cualquier otro diario de circulación nacional. En la misma fecha, la convocatoria deberá ser difundida a través del portal electrónico de la PCM y del portal institucional del Organismo Regulador respectivo.

Los avisos de convocatoria deberán contener la siguiente información mínima: a) Requisitos generales para postular; b) Fecha de cierre de la etapa de postulación; y c) Lugar al que deberá remitirse el currículum vitae y la documentación requerida. Ver link: <http://www.pcm.gob.pe/transparencia/convpublicas/2013/DS-103-2012-PCM.pdf> (última visita: 8/4/2013), así como las convocatorias vigentes al momento de redactar el presente trabajo: <http://www.pcm.gob.pe/2015/02/concurso-publico-de-seleccion-de-miembros-al-consejo-directivo-de-ositran/> ; <http://www.pcm.gob.pe/2015/01/convocatoria-para-postular-a-miembros-del-consejo-directivo-del-osinergmin-vence-manana/> (última visita: 10/5/2015).

361 <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/DS-103-2012-PCM.pdf> (última visita: 8/4/2013).

El artículo 20 de DS N° 103-2012-PCM establece que la designación se realizará dentro de los tres días siguientes a la recepción de la lista de postulantes. Por lo que se emite la Resolución Suprema, rubricada por el Presidente de la República y refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros<sup>362</sup>.

Pero, sin duda, el mecanismo de eliminación de cada una de las etapas intenta compensar y reforzar su autonomía e independencia formal en comparación con la antigua CMT española<sup>363</sup>. Los designados deberían ser, por lo general, especialistas o técnicos que conocen bien el sector. Esta novedosa forma de designación por concurso está amparada por el resto del marco legal vigente<sup>364</sup>.

---

362 Las Resoluciones Supremas que se encuentran vigentes son las siguientes: RS N° 071-2015-PCM; R.S. N° 070-2015-PCM; RS. N° 073-2015-PCM, de 22 de marzo de 2015, <http://www.elperuano.com.pe/NormasEIPERUano/2015/03/22/1215146-5.html> . Así como las Resoluciones Supremas N° 256-2013-PCM, RS. N° 257-2013-PCM, R.S. N° 258-2013-PCM, de 18 de agosto de 2013, <http://www.munizlaw.com/normas/2013/Agosto/18-08-13/R.S.N%C2%B0%20257-2013-PCM.pdf> , <http://www.munizlaw.com/normas/2013/Agosto/18-08-13/R.S.N%C2%B0%20258-2013-PCM.pdf> . Publicadas en el Diario Oficial El Peruano.

363 Sobre todo, si se tiene en cuenta que para los reguladores peruanos es difícil el mecanismo de transparencia con que son designados sus directores, pues hace que muchos personajes que tienen interés en presentarse, desistan de hacerlo. Sin incluir que, en cierta medida, existe un “halo de influencia política” que estaría presente en los nombramientos de los máximos responsables de estas instituciones como consecuencia de estar atribuida la correspondiente potestad de nombramiento por parte del Poder Ejecutivo. En ese mismo sentido ver a BACIGALUPO SAGGESE, M. (2015). Nótese también en los procesos de selección de candidatos de algunos Reguladores en: [http://www.ositran.gob.pe/0/modulos/jer/jer\\_interna.aspx?are=0&pfl=0&jer=187](http://www.ositran.gob.pe/0/modulos/jer/jer_interna.aspx?are=0&pfl=0&jer=187) (última visita: 20/7/13). <http://www.pcm.gob.pe/2015/01/convocatoria-para-postular-a-miembros-del-consejo-directivo-del-osinergmin-vence-manana/> (última visita 23/1/2015). <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/concurso-miembro-consejo-directivo-osiptel/files/publicaci%C3%93n%20postulantes%20seleccionados%20-%20concurso%20osiptel%202015.pdf> (última visita: 11/3/2015).

364 Así ha quedado dispuesto en el apartado 6 del artículo 32 de la LOPE, que señala: “[...] sus miembros son designados mediante concurso público”. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo pueden ser removidos por causa grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con los votos aprobatorios del Consejo de Ministros. La ley establece el procedimiento de cese. Anteriormente el DS. N° 014-2008-PCM, de 28 de febrero de 2008, regulaba el concurso público, requisitos y fases que van desde la convocatoria, declaración de los candidatos aptos, evaluación y designación. Para mayor abundamiento ver la Ley N° 27594, de 13 de diciembre de 2001, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos, que en su artículo 1 establece la forma de nombramiento de altos funcionarios mediante Resolución Suprema, debidamente rubricada por el Presidente de la República que en su apartado 10 señala: “ nombra a los Titulares, así como a los miembros del Consejo Directivo y del Tribunal de Solución de Controversias de los OR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, conforme a la legislación correspondiente”.

El 28 de febrero de 2008 se sentaron las bases para la realización de los concursos públicos a los aspirantes al Consejo Directivo de los OR<sup>365</sup>.

Así se puede constatar en el extinto DS. N° 014-2008-PCM, por el cual el artículo 9 expresaba los requisitos que el candidato debe cumplir y acreditar, reforzados por dos evaluaciones. Este concurso es abierto a todos los que cumplan con los requisitos de acuerdo a Ley y se publicita en todos los medios de comunicación posibles, virtuales, escritos, en los portales web de los reguladores, así como en la web site de la PCM, a fin de que se puedan interponer tachas o vetos con los postulantes. Estos requisitos actualmente son<sup>366</sup>:

- a) Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio.
- b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acreditará demostrando:
  - No menos de tres (3) años de experiencia en el desempeño de cargos de gestión ejecutiva, entendiéndose por tales, aquellos relacionados con la toma de decisiones en entidades u organismos del Estado o en empresas públicas o privadas;
  - No menos de cinco (5) años de experiencia en materias que configuran el objeto de competencia del OR.
- c) Acreditar, por lo menos, estudios de maestría concluidos en materias relacionadas a la actividad objeto de competencia del

---

<http://files.servir.gob.pe/www/files/normas%20legales/ley%2027594.pdf> (última visita: 20/7/2013).

365 A pesar de que existe la voluntad de contar con una mayor transparencia en los concursos de acceso para el Consejo Directivo de los reguladores peruanos, el gran obstáculo que se aprecia aparentemente, haciendo un recuento de cuáles eran los mecanismos de selección originarios, son los constantes cambios de requisitos que, sin duda, algún sector disconforme desliza la posibilidad de que son hechos a medida de la conveniencia del régimen de turno.

366 Basta ver el artículo 13 del DS N° 103-2012-PCM, por el cual se establecen los requisitos que deben cumplir los postulantes señalados en la LMOR y en el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, tal como se indica a continuación, y no estar incursos en las incompatibilidades establecidas en las referidas normas.

Organismo Regulador. En el caso de contar con estudios de maestría concluidos y que hayan sido realizados en el extranjero, éstos deberán estar reconocidos, revalidados o convalidados ante la Asamblea Nacional de Rectores. Para fines de lo establecido en los incisos que anteceden, las maestrías que serán consideradas para efectos del procedimiento podrán estar referidas a materia legal, regulatoria, de administración, económica, o materia técnica que se encuentre relacionada a las actividades y funciones del Organismo Regulador.

d) No estar incurso en ninguna de las incompatibilidades establecidas en el artículo 8° de la LMOR. Consecuentemente, no resulta válida la postulación de quienes se encuentren comprendidos en alguno de los siguientes supuestos:

- Los titulares de más del uno por ciento (1%) de acciones o participaciones de empresas vinculadas a las actividades materia de competencia de cada Organismo Regulador. Asimismo, los directores, representantes legales o apoderados, empleados, asesores o consultores de tales empresas o entidades;
- Los que hayan sido sancionados con destitución en el marco de un proceso administrativo o por delito doloso;
- Los inhabilitados por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República;
- Las personas naturales declaradas judicialmente en quiebra;
- Los directores, gerentes y representantes legales de personas jurídicas declaradas judicialmente en quiebra;
- El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros de Estado, los representantes al Congreso, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos, el Contralor y el Subcontralor General de la República, el Presidente Ejecutivo de ESSALUD,

los Viceministros y los Directores Generales de los ministerios o funcionarios de rango equivalente, mientras ejerzan el cargo y hasta un (1) año después de cesar en el mismo;

- Las personas que prestaron servicios a las entidades reguladas o mantuvieron con ellas relación comercial, laboral o de servicios, bajo cualquier modalidad en el período de un (1) año anterior a su designación, con la única excepción de quienes solo tuvieron la calidad de usuarios.

Asimismo, no tener ninguna relación de parentesco, hasta el segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad, con algún miembro de la Comisión de Selección o con quienes participen directamente en el procedimiento de selección o designación de los miembros del Consejo Directivo del OR al que se postula.

Como se verá, la regulación en cuanto a los requisitos establecidos para ser miembro del Consejo Directivo no ha variado mucho sino que ha sido reforzado con un régimen tasado de incompatibilidades<sup>367</sup>. Incluso en

---

367 Los anteriores requisitos señalados en el DS N° 014-2008-PCM, de 25 de febrero de 2008, eran:

- a) Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio.
- b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acreditará demostrando:
  - No menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva, entendiéndose por tal la toma de decisiones en empresas públicas o privadas; o,
  - Cinco (5) años de experiencia en materias que configuran el objeto de competencia del regulador al cual postula.
- c) Acreditar por lo menos estudios completos a nivel de maestría en materias relacionadas a la actividad objeto de competencia de OSIPTEL, debiendo entenderse por nivel de maestría el haber culminado estudios de maestría, sean estas homologadas o no por la Asamblea Nacional de Rectores, para el caso de las maestrías cursadas en el extranjero. Las maestrías que serán consideradas para efectos del proceso de selección pueden estar referidas a materia legal, regulatoria, de administración, económica o técnica, u otra relacionada con las actividades y funciones que corresponden al regulador al que postula.
- d) No estar incurso en ninguna de las incompatibilidades establecidas en el artículo 8 de la Ley N° 27332 y el artículo 9 del DS. N° 014-2008-PCM. A parte de los requisitos que se necesitan para dicha candidatura, llama la atención la selectividad de 2008, donde los candidatos clasificados debieron presentar un ensayo de cuatro folios referido a los mecanismos de competencia en la industria de redes de telecomunicaciones. Ver: [http://4.bp.blogspot.com/\\_c7Ey-HU35oQ/R-BtgUCowml/AAAAAAAAAXQ/EfA8oVoVjuU/s1600-h/22.jpg](http://4.bp.blogspot.com/_c7Ey-HU35oQ/R-BtgUCowml/AAAAAAAAAXQ/EfA8oVoVjuU/s1600-h/22.jpg) (última visita: 21/5/2013).



algunos reguladores, se ha eliminado el requisito de la presentación de una monografía de la especialidad.

### **8.1.2. El procedimiento de designación.**

Como he mencionado, el artículo 20 regula el procedimiento de designación del integrante o integrantes del Consejo Directivo. Se realiza la lista de postulantes puesta a consideración por la Comisión de selección dentro de tres días hábiles siguientes a la recepción. El Presidente del Consejo de Ministros presenta al Presidente de la República la propuesta de designación correspondiente para cada uno de los cargos de miembro de los Consejos Directivos de los OR. Con la emisión de la Resolución Suprema rubricada por el Presidente de la República y refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros.

El derogado artículo 2 del D.S N° 014-2008-PCM, al igual que con el vigente del DS, formaba una Comisión evaluadora integrada por cuatro miembros. Sin embargo, lo que llamaba la atención era la flexibilidad de eliminar técnicos apolíticos de corte técnico representados por cada sector que interviene en la actividad<sup>368</sup>. Este concurso público se realizaba, al igual que en la legislación vigente, dos meses antes del vencimiento del período de los miembros del Consejo Directivo de los reguladores.

Esta “Comisión de selectividad”, por así decirlo, se encarga de verificar cada uno de los requisitos de los postulantes, así como lo que se consigna en su currículum vitae. La evaluación curricular y personal del candidato está marcada a través de un cronograma difundido y publicitado por toda clase de medios escritos y electrónicos, por etapas que por obvias razones son eliminatorias entre sí. De esta manera, se muestra la transparencia del

---

368 Anteriormente existía un miembro de la PCM; un miembro del Ministerio de Economía y Finanzas; un miembro del INDECOPI y un miembro del Ministerio del sector de la actividad. Así se encontraba en el DS N° 014-2008. Ver <http://archivogeneral.gob.pe/home/Sub-NI/reglamento/NL20080226.PDF> (última visita: 20/7/2013).

concurso a través de la participación de la sociedad que puede interponer tachas en caso de conocer alguna incompatibilidad.

Una vez terminado el concurso, la Comisión selecciona una terna (es decir tres candidatos) que da a conocer al Presidente del Consejo de Ministros y este, a su vez, la presentará al Presidente de la República, quien designa mediante Resolución Suprema a los miembros que integrarán el Consejo Directivo del regulador<sup>369</sup>.

Esta Resolución Suprema es refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada. Y posteriormente se difunde en el Diario Oficial El Peruano y otros medios de prensa especializada<sup>370</sup>.

Por mi parte, debo señalar que la Comisión de selección gozaría aparentemente de transparencia técnica al conformarse por diversos integrantes de sectores involucrados en el campo regulatorio, por ejemplo: un representante del INDECOPI, un representante del MEF y un representante del Ministerio afín al sector [por ejemplo, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTC) para el caso de OSIPTEL], mientras que si se tratará de OSINERGMIN, el representante sería del Ministerio de Energía y Minas (MINEM). Del mismo modo el representante

---

369 En la actualidad los Consejos Directivos de los OR no están completos y, a la fecha de redacción del presente trabajo, están en concurso público de méritos: 2 plazas para OSITRAN, 1 plaza para OSIPTEL, 1 plaza de OSINERGMIN. [http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/pages/Publico/concurso\\_publico\\_consejo\\_directivo\\_osinergmin.htm?635](http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/pages/Publico/concurso_publico_consejo_directivo_osinergmin.htm?635) (OSINERGMIN); <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/concurso-miembro-consejo-directivo-osiptel/files/PUBLICACI%C3%93N%20POSTULANTES%20SELECCIONADOS%20-%20CONCURSO%20OSIPTEL%202015.pdf> (OSIPTEL); <http://www.pcm.gob.pe/2015/02/concurso-publico-de-seleccion-de-miembros-al-consejo-directivo-de-ositran/> (OSITRAN) (última visita: 5/3/2015).

370 A pesar de que el procedimiento de designación vía concurso público se muestra transparente y eminentemente técnico por las cualidades de los candidatos, se critica la eliminación del mecanismo de renovación gradual. Este mecanismo está siendo cuestionado hasta hace poco, pues no se permite someter al regulador por falta de quórum, al punto de postergar asuntos de trascendencia por tener un solo Director. Ver <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/Html/2008-05-22/hoy-vence-plazo-nombrar-directores-entes-reguladores.html> (última visita 25/9/2013).

de la PCM, pudiera ser un personaje técnico-político cercano al Gobierno de turno, pero que no necesariamente significa que lo sea<sup>371</sup>.

#### **8.1.2.1. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo (artículo 8 del DS N° 042-2005-PCM).**

El período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo se computará desde el día siguiente al día de vencimiento del período de designación del anterior miembro, salvo lo dispuesto en el artículo 6° de la presente norma, referido a la designación de un miembro de Consejo Directivo para completar el período restante<sup>372</sup>.

#### **8.1.2.2. Cambio de titular del sector (artículo 4 del DS N° 042-2005-PCM).**

El cambio de los titulares de los sectores señalados en el inciso 6.2 del artículo 6 (Ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada) de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos no

---

371 Nótese la difusión de los vigentes Directores de los OR en el siguiente enlace web. <http://gestion.pe/economia/pcm-nombra-nuevos-miembros-organismos-reguladores-servicios-publicos-2073891> , así como en la web site: <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-pcm-nombra-a-nuevos-miembros-organismos-reguladores-servicios-publicos-470879.aspx> (última visita: 19/8/2013).

372 El procedimiento de designación de miembro de Consejo Directivo para completar el período restante descansa en el artículo 6 que señala: "Cuando un miembro del Consejo Directivo vaca en sus funciones antes de la culminación de su período de designación, el reemplazante será designado sólo para completar dicho período; sin perjuicio que pueda ser designado por un período adicional, conforme a lo establecido en el artículo 6.5 de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Cuando se trate del representante de la sociedad civil y el tiempo restante para completar el período correspondiente no exceda de seis (6) meses, no será necesario proceder a concurso, pudiendo designarse directamente al miembro del Consejo Directivo, siempre y cuando cumpla con los requisitos a que se refiere el artículo 7 de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos".

genera la obligación de formular renuncia al cargo por parte de los miembros del Consejo Directivo.

### **8.1.2.3. En caso de remoción.**

La remoción implica la separación del directivo en caso de falta grave que ha sido debidamente comprobada y fundamentada previa investigación. Se le otorga un plazo de 15 días para presentar sus descargos, conforme con lo que se señala en sus respectivos Reglamentos<sup>373</sup> (artículo 6 inciso 6.4 de la Ley N° 27332 modificada por la Ley N° 28337, de 13 de octubre de 2004).

De prosperar la remoción del miembro del Consejo Consultivo de los OR, el Presidente del Consejo de Ministros informará, dentro de los diez (10) días útiles, a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión. Así ha quedado establecido en el artículo 2 de la Ley N° 28337, que modifica diversos artículos de la LMOR, publicado el 16 de agosto de 2004 y en concreto el inciso 6.4 del artículo 6 de la LMOR<sup>374</sup>.

### **8.1.3. Duración.**

La duración de las funciones como miembro del Consejo Directivo de cualquiera de los OR peruanos es de cinco años, con la posibilidad de ser designado por un periodo adicional<sup>375</sup>, tal como ocurre en el Derecho español.

---

373 La remoción se realizará bajo el mismo mecanismo por el que fue designado, es decir Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas, y el Ministro del sector al que pertenece la actividad regulada. En caso de remoción, el Presidente de la PCM comunicará a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión.

374 Cfr. <http://docs.PERÚ.justia.com/federales/leyes/28337-aug-13-2004.pdf>. Esta norma es aplicable a todos los Organismo Reguladores.

375 Establecido por el artículo 3 de la Ley N°28337 que modifica a la LMOR. De todas formas el tiempo de duración como miembro del Consejo Directivo es menor al Consejo de Administración español.

En ese sentido comparto la inquietud de E. Vírgala Foruria (2014,26), en el sentido de que la probable reelección de un miembro del Consejo Directivo no supone una garantía de independencia sino, todo lo contrario, estaría habilitando la posibilidad de favorecer al poder de turno, ya sea directa o indirectamente. Directamente como participante de los intereses creados por el poder de turno; y en el segundo supuesto, indirectamente ante su inacción o conducta pasiva a fin de no entorpecer ni ser un obstáculo para el Gobierno presente.

Por eso manifiesto que sería contraproducente mantener solo dos periodos consecutivos por parte de alguno de los directivos del regulador. Sostengo, a manera de posibilidad y como opción adecuada, descansos de un periodo de seis años, (es decir, alternado) en caso de querer disponer de técnicos preparados, con experiencia y capacidad como directores.

#### **8.1.4. Cese de funciones.**

El cese evidentemente está relacionado con la finalización del mandato o la renuncia irrevocable. A pesar de haber examinado la dispersa normativa de los reguladores peruanos, no se ha encontrado expresamente el término “cese”, sino términos como “remoción” y “vacancia”.

#### **8.1.5. Vacancia.**

La vacancia del miembro del Consejo Directivo está establecida en el artículo 6 inciso 6.6 de la Ley antes citada. Las causas son:

- Fallecimiento.
- Incapacidad permanente.
- Renuncia aceptada.
- Impedimento legal sobreviviente a la designación.
- Remoción por falta grave.
- Inasistencia injustificada a tres sesiones consecutivas, y a cinco no consecutivas del Consejo Directivo, en el periodo de un año, salvo licencia autorizada.

### **8.1.6. Estructura de OSIPTEL según su Estatuto jurídico.**

Para el caso de OSIPTEL, tenemos que su organización interna (estructura) es muy distinta que la de OSINERGMIN y descansa en:

- D.S N° 104-2010-PCM, que aprueba modificación al Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de 3 de diciembre de 2010<sup>376</sup>, que en su artículo 6 establece la estructura orgánica del OSIPTEL. Para el cumplimiento de sus funciones, OSIPTEL cuenta con la siguiente estructura:
  - a. ÓRGANOS DE LA ALTA DIRECCIÓN.
    - Consejo Directivo.
    - Presidencia.
    - Gerencia General.
  - b. ÓRGANO DE CONTROL INSTITUCIONAL.
  - c. PROCURADURÍA PÚBLICA.
  - d. ÓRGANOS DE ASESORAMIENTO.
    - Gerencia de Asesoría Legal.
    - Gerencia de Planeamiento y Presupuesto.
    - Gerencia de Comunicación Corporativa.
  - e. ÓRGANOS DE APOYO.
    - Gerencia de Administración y Finanzas.
    - Gerencia de Tecnologías de la Información, Comunicaciones y Estadística.
  - f. ÓRGANOS DE LÍNEA.
    - Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia<sup>377</sup>.

---

376 Ver la organización interna de OSIPTEL en este link: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Datos\\_Generales/DC1042010-PCM\\_rof.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Datos_Generales/DC1042010-PCM_rof.pdf) (última visita: 4/8/2015).

377 De acuerdo al artículo 27 del DS N° 104-2010, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia es el órgano de línea encargado de proponer a la Alta Dirección el marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo,

Esta gerencia además cuenta con una serie de subgerencias que señalo a continuación:

- Subgerencia de Regulación.
- Subgerencia Técnica.
- Subgerencia de Gestión y Normatividad.
- Subgerencia de Análisis Regulatorio.

---

se encarga de proponer medidas destinadas a incrementar el bienestar asociado a la prestación y la utilización de dichos servicios; así como de evaluar y analizar los avances en materia de regulación y competencia.

Sus funciones las encontramos en el artículo 28 del mencionado texto legal, por el cual la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia tiene las siguientes funciones:

a. Proponer los sistemas tarifarios o regulatorios, los mecanismos para su aplicación y, las medidas relacionadas a la fijación y/o revisión de las metodologías a aplicar en el análisis regulatorio.

b. Proponer las medidas para la desregulación de tarifas, cuando corresponda.

c. Participar en la regulación del acceso al mercado, en especial, proponiendo sistemas regulatorios aplicables a cargos o tarifas de interconexión por el uso de elementos de red entre operadores.

d. Proponer la regulación de la interconexión entre las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones.

e. Proponer la aprobación de contratos de interconexión o la emisión de observaciones a los mismos en coordinación con la Gerencia de Asesoría Legal. En su caso, elaborar y proponer mandatos de interconexión.

f. Realizar el análisis financiero regulatorio pertinente en temas de competencia del OSIPTEL.

g. Conducir el análisis y evaluación de los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

h. Proponer la identificación, diseño e implementación de mecanismos o procedimientos regulatorios para promover el desarrollo del sector, así como evaluar el impacto de las diferentes estructuras y estrategias empresariales sobre las condiciones de competencia.

Diseñar la secuencia óptima de políticas para la adecuada provisión de los servicios de telecomunicaciones a los usuarios.

j. Realizar el seguimiento y análisis de los avances en regulación y políticas de competencia que se produzcan en los mercados internacionales para contribuir con el diseño de las políticas regulatorias y de competencia.

k. Proponer los modelos de reporte de información periódica a ser utilizada en los procesos regulatorios por parte de las empresas operadoras.

l. Desarrollar los sistemas de información y las herramientas de análisis requeridas para el diseño e implementación de las políticas de competencia y regulación.

m. Dirigir los estudios y seguimiento sobre los avances en tecnologías y servicios de telecomunicaciones emergentes así como del fenómeno de la convergencia, y evaluar sus efectos en el marco regulatorio y de competencia.

n. Poner en conocimiento de las instancias correspondientes la existencia de indicios de incumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o de aquellas dictadas por el OSIPTEL en ejercicio de sus funciones.

o. Investigar la demanda de servicios públicos de telecomunicaciones a fin de conocer mejor el comportamiento de los usuarios y sus posibles respuestas ante medidas regulatorias y/o cambios en los mercados.

p. Conducir las actividades relacionadas con los sistemas de información de la gestión administrativa y comercial de las empresas operadoras.

q. Otras que le sean asignadas por la Gerencia General.

- Subgerencia de Evaluación y Políticas de Competencia Gerencia de Fiscalización y Supervisión Subgerencia de Apoyo a la Gestión
- Subgerencia de Calidad de Redes y Servicios.
- Subgerencia de Prevención, Instrucción y Asuntos Normativos.
- Subgerencia de Telecomunicaciones Rurales.
- Subgerencia de Aportes y Aplicación Tarifaria Gerencia de Protección y Servicio al usuario Subgerencia de Protección al Usuario.
- Subgerencia de Servicio al Usuario.
- Gerencia de Oficinas Desconcentradas Oficinas Desconcentradas.

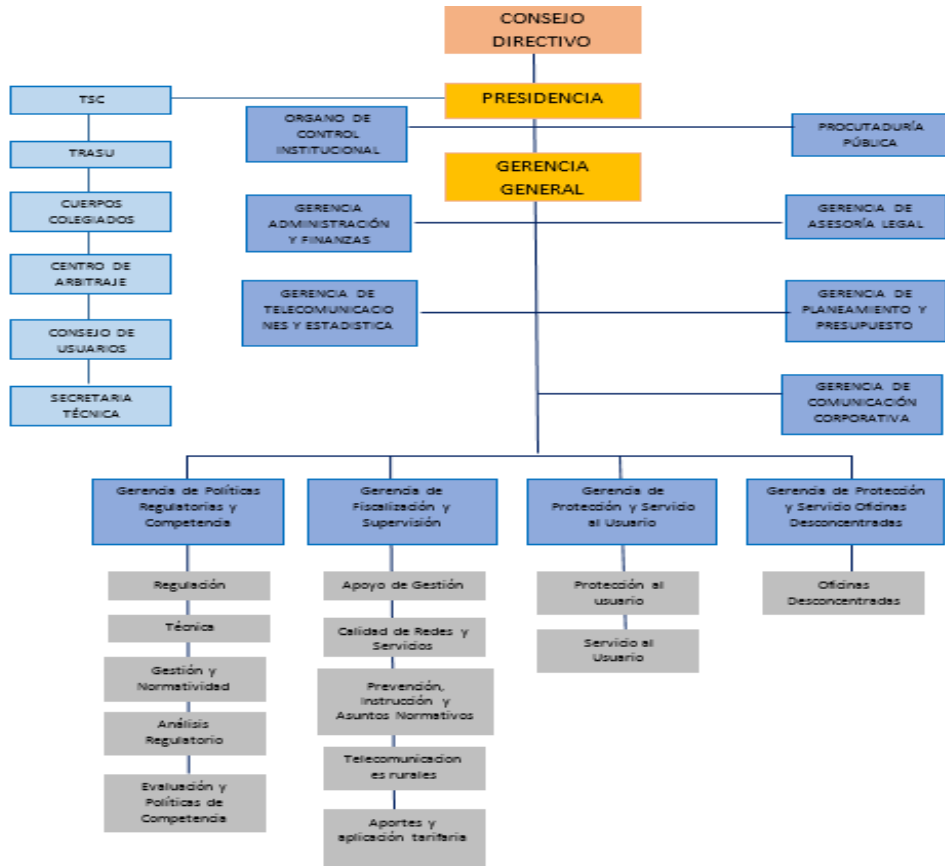
g. ÓRGANOS COLEGIADOS.

- Tribunal de Solución de Controversias-TSC
- Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios - TRASU
- Cuerpos Colegiados
- Centro de Arbitraje
- Consejo de Usuarios

h. SECRETARÍA TÉCNICA.



**Gráfico N° 4. Organigrama Funcional OR OSIPTEL**



Elaboración: OSIPTEL

Fuente: OSIPTEL

## 8.2. Para el caso del OSINERGMIN.

Como he mencionado líneas atrás, la normativa no ha sido generosa con este “ente” que hoy es el regulador de la energía, pues en un inicio solo se encargó de fiscalizar las actividades a nivel nacional de las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos<sup>378</sup>; posteriormente, mediante la LMOR, que no fue esquivada con el hoy OSINERGMIN, pues le da la categoría de regulador. También le concede la naturaleza jurídica de OPD<sup>379</sup> como forma organizacional, aunque para efectos de control político se adscribe a la PCM.

En el año 2007 se amplían las competencias para este regulador hacia otro subsector más como es la actividad minera, la cual hasta hace poco se encontraba en manos del Ministerio de Energía y Minas. Así quedó constatado mediante Ley N° 28964, de 24 de enero de 2007. Esta transferencia de las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras, también amplió su denominación a OSINERG que en adelante quedó como OSINERGMIN<sup>380</sup>. Desde esa fecha, se trata a este Ente de regulador en su acepción más amplia. Incluso hoy en día OSINERGMIN posee autonomía pero de una independencia restringida, máxime si tenemos en cuenta la débil independencia frente a las decisiones del Gobierno respecto a su política energética. No obstante su independencia se ve reforzada (por así decirlo) por la forma cómo se elige

---

378 Cfr. con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 26734, de 30 de diciembre de 1996, referido a la creación y naturaleza de OSINERG.

379 Cfr. Artículo 1 que señala: “[...]la presente ley es de aplicación a los siguientes Organismos a los que en adelante y para efectos de la presente ley se denominará Organismos Reguladores: “[...] b. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)”. De igual manera el artículo 2 señala la naturaleza jurídica de los mismos: “[...] son Organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera”. Su propio Reglamento general dado un año posterior a la LMOR, me refiero al DS, N° 054-2001, de 9 de mayo de 2001, lo define de la misma manera que en su Ley de creación. Cabe mencionar que el Reglamento del regulador de la energía en ese sentido entona el carácter de regulador, así por ejemplo el artículo 20 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001, de 9 de mayo de 2001, que establece como funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y, de solución de reclamaciones de usuarios en el sector energía.

380 Así ha quedado establecido mediante el artículo 2 de la Ley N° 28964, de 24 de enero de 2007.

a sus miembros, su forma de sesionar, los acuerdos que toma frente al sector y las Directivas reguladoras en cuanto a tarifas, así como el papel de tutela y defensa a los derechos de los usuarios y defensa del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE).

Sin embargo, parte de las competencias de carácter decisorio, como por ejemplo, las autorizaciones y concesiones, las tiene aún el Ministerio de Energía y Minas, según el artículo 6 del DL N° 25844, de 5 de diciembre de 1992, Ley de Concesiones Eléctricas<sup>381</sup>. Al organismo de la energía, por la función que desempeña en el mercado de la distribución liberalizado, se le denominara regulador. El margen de maniobra del regulador de la energía es bajo en comparación con OSIPTEL.

Finalmente, OSINERGMIN es similar a lo que fuera la CNE y tiene como principal tarea la regulación, supervisión y la fiscalización en el ámbito nacional del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como del cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.

### **8.2.1. Procedimiento de designación.**

Al igual que OSIPTEL, el regulador de la energía presenta igual forma de designación y procedimiento de sus integrantes del Consejo Directivo, máximo órgano de toma de decisiones de este Ente; en ese mismo sentido, también la duración y el cese de funciones de los mismos. Cabe mencionar en todo momento que el procedimiento de designación es por concurso público y goza de igual transparencia que

---

381 Dejando para el OSINERGMIN la parte de observaciones, fijar y publicar las tarifas y sus fórmulas de reajuste mensuales, antes de 30 de abril de cada año. Esta facultad de fijar tarifas también era anteriormente compartida por Comisión de Tarifas de Energía (CTE), órgano perteneciente en su momento al Ministerio de Energía y Minas, según se desprende del artículo 53 de la Ley de Concesiones. En una etapa posterior se fusionó con el regulador. Sin embargo, debido a su fusión con OSINERGMIN, es este último quien adopta esta función.

en el caso de OSIPTEL, pues se hizo extensivo no solo para los Directores de los reguladores en cuestión sino para el Tribunal de Solución de Controversias. Antes de la vigencia de la RS N° 103-2012-PCM, de 14 de octubre de 2012, la regulación para la designación de los Directores estaba a cargo de la Resolución Suprema N° 355-2006, de 6 de diciembre de 2006, en concordancia con el artículo 1 de este mismo texto normativo<sup>382</sup>.

### **8.2.2. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo (artículo 8 Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).**

El período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo se computará desde el día siguiente al día de vencimiento del período de designación del anterior miembro, salvo lo dispuesto en el artículo 6° (del DS N° 042-2005-PCM, relativo a la designación de miembro de Consejo Directivo para completar el período restante)<sup>383</sup>.

---

382 Para cada caso en concreto se conformaba una comisión especial mediante resolución ministerial la cual precisará su objeto. En ella se establecen fases, por ejemplo la primera fase es la convocatoria por medio de un aviso en el Diario Oficial y otro en el diario de mayor circulación a nivel nacional, así como en la web site del sector por un lapso de 12 días. Los avisos de convocatoria contienen fecha de cierre de la postulación, requisitos e incompatibilidades, lugar de remisión del curriculum vitae (CV). Los candidatos deben remitir su CV documentado, declaración jurada en la que indiquen no tener incompatibilidades, y carta de presentación.

Una segunda fase estará marcada por la evaluación que tiene una duración máxima de 40 días calendarios desde la fecha de cierre de las postulaciones. Esta etapa tiene tres etapas adicionales: La evaluación personal en la que se verifica quiénes cumplen con los requisitos establecidos por la LMOR y su Reglamento; la evaluación curricular (se evalúa la documentación correspondiente) y la evaluación personal (esta etapa está marcada por la presentación de un ensayo sobre la problemática del sector al que postulan no pudiendo tener una extensión mayor a cuatro páginas). Cfr. RS N° 355-2006-PCM, en este dispositivo también puede apreciarse la puntuación que se le da al candidato en cada etapa. Ver: <http://www2.osinerg.gob.pe/MarcoLegal/pdf/LMOReg-27332.pdf>

383 Cuando un miembro del Consejo Directivo cesa en sus funciones antes de la culminación de su período de designación, el reemplazante será designado sólo para completar dicho período, sin perjuicio que pueda ser designado por un período adicional, conforme al artículo 6.5 de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Cuando se trate del representante de la sociedad civil y el tiempo restante para completar el período correspondiente no exceda de seis (6) meses, no será necesario proceder a concurso, pudiendo designarse directamente al miembro del Consejo Directivo, siempre y cuando cumpla con los requisitos a que se refiere el artículo 7, de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

### **8.2.3. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los OR.**

El Presidente del Consejo de Ministros informará, dentro de los diez (10) días hábiles, a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión (artículo 2 de la Ley N° 28337, ley que modifica diversos artículos de la LMOR).

### **8.2.4. Cambio de titular del sector (artículo 4 del Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).**

El cambio de los titulares de los sectores señalados, como establece el inciso 6.2 del artículo 6 (Ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada) de la LOMR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, no genera la obligación de formular renuncia al cargo por parte de los miembros del Consejo Directivo.

### **8.2.5. Estructura externa y régimen de organización del OSINERGMIN.**

El artículo 8 de la Resolución de Consejo Directivo – OSINERG N° 459-2005-OS-CD, de 20 diciembre de 2005, por la que se aprueban sus instrumentos de gestión, como son el Reglamento de Organización y Funciones (en adelante ROF), y el Organigrama y Cuadro de Asignación de Personal (en adelante CAP de OSINERG), especifica su estructura organizacional<sup>384</sup>.

Así, para el cumplimiento de sus objetivos, OSINERGMIN cuenta con los órganos y sus dependencias según la siguiente estructura organizacional:

- a. Órganos Dirección.
  - a.1. Consejo Directivo.

---

<sup>384</sup> Para acceder a la organización interna del regulador de la energía e hidrocarburos: [http://srvapp03.osinerg.gob.pe:8888/snl/normaPortalGeneral.htm?\\_formAction=show&\\_id=6](http://srvapp03.osinerg.gob.pe:8888/snl/normaPortalGeneral.htm?_formAction=show&_id=6) (última visita: 4/8/2015).

- a.2. Presidencia del Consejo Directivo.
- b. Dependencias de la Alta Dirección.
  - b.1. Asesoría de la Alta Dirección
  - b.2. Oficina de Comunicaciones.
  - b.3. Oficinas Desconcentradas y atención al Usuario.
- c. Órganos Ejecutivos.
  - c.1. Gerencia General.
    - c.1.1. Dependencias de Apoyo de la Gerencia General.
      - c.1.1.1. Oficina de Administración y Finanzas.
      - c.1.1.2. Oficina de Estudios Económicos.
      - c.1.1.3. Oficina de Sistemas.
      - c.1.1.4. Oficina de Planeamiento y Control de Gestión.
    - c.1.2. Dependencias de Línea de la Gerencia General.
      - c.1.2.1. Gerencia Legal.
      - c.1.2.2. Gerencia de Fiscalización Eléctrica.
    - c.1.3. Dependencias de Línea de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.
      - c.1.3.1. Unidades de Fiscalización.
      - c.1.3.2. Gerencia de Fiscalización de Gas Natural.
    - c.1.4. Dependencias de Línea de la Gerencia de Fiscalización en Gas Natural.
      - c.1.4.1. Unidades de Fiscalización.
      - c.1.4.2. Gerencia de Fiscalización en Hidrocarburos.
    - c.1.5. Dependencias de Línea de la Gerencia de Fiscalización en Hidrocarburos.
      - c.1.5.1. Divisiones.
      - c.1.5.2. Unidades de Fiscalización.
      - c.1.5.3. Oficinas Regionales.
      - c.1.5.4. Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria<sup>385</sup>.

---

385 La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria es el órgano más importante del regulador de la energía, toda vez que cuenta con las más amplias funciones, aunada a una autonomía, la que, de acuerdo al artículo 47 del actual reglamento, depende de la Presidencia del Consejo Directivo. Está encargada de dirigir, coordinar y controlar el proceso de fijación de tarifas en los

---

subsectores de electricidad e hidrocarburos. Para su funcionamiento administrativo tiene la condición de “unidad de gestión desconcentrada”.

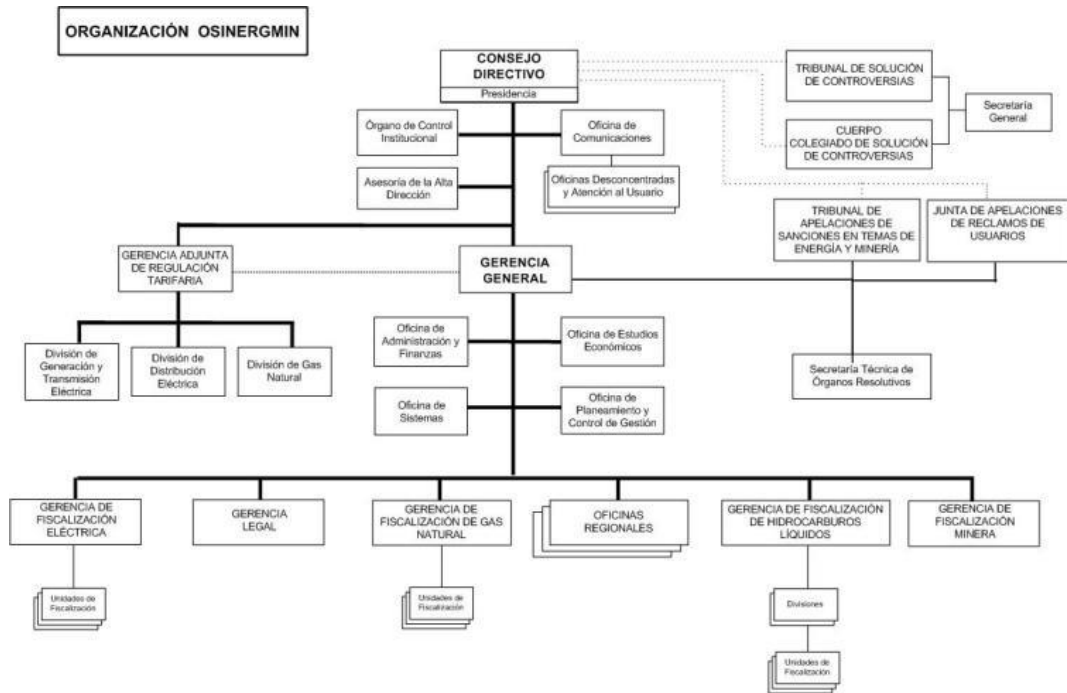
Dentro de las funciones vigentes podemos encontrar las siguientes (artículo 48 del actual reglamento):

- a) Formular y proponer al Consejo Directivo, los lineamientos de política y estrategias para la fijación de tarifas de electricidad e hidrocarburos.
- b) Proponer al Consejo Directivo, la actualización o modificación de las normas legales y técnicas que rigen las actividades de fijación, revisión y modificación tarifaria.
- c) Dirigir, coordinar y controlar las actividades de fijación de tarifas, con sujeción a las normas vigentes.
- d) Proponer al Consejo Directivo, la aprobación de las tarifas y/o compensaciones, de acuerdo a las normas legales y técnicas aplicables. Entre éstas, tenemos:
  - Tarifas en barra en el subsector electricidad.
  - Tarifas para los usuarios de servicio público de electricidad
  - Tarifas de transporte de hidrocarburos por ductos.
  - Tarifas de distribución de gas natural por red de ductos y de distribución de electricidad.
  - Tarifas de transmisión del sistema principal y de los sistemas secundarios en el subsector electricidad.
- e) Evaluar las solicitudes o reclamos que, sobre asuntos tarifarios, presenten las entidades o el COES, elevándolas con su respectivo informe, para decisión y pronunciamiento por parte del Consejo Directivo.
- f) Efectuar la precalificación de las empresas consultoras para la elaboración de los estudios tarifarios y especiales que se requieran.
- g) Revisar y evaluar los estudios que presenten los concesionarios.
- h) Elaborar los términos de referencia y supervisar la ejecución de estudios que por mandato de Ley deberá encargarse a firmas consultoras especializadas.
- i) Elaborar los estudios para determinar los factores de pérdidas de potencia y de energía utilizados en el cálculo de las tarifas en barra.
- j) Elaborar los estudios para definir el sistema principal y sistemas secundarios de transmisión de cada sistema interconectado.
- k) Elaborar los estudios para definir los sectores de distribución típicos.
- l) Elaborar los estudios de comparación a los que se refiere la Ley de Concesiones Eléctricas.
- m) Elaborar los estudios para fijar y actualizar los Valores Nuevos de Reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución.
- n) Supervisar que la obtención de la información de las actividades relativas a la fijación tarifaria se realice en la forma y en los plazos establecidos por OSINERG y demás normas aplicables.
- o) Supervisar la ejecución de los diversos estudios requeridos para la fijación, revisión y modificación de tarifas.
- p) Evaluar los recursos de reconsideración que, sobre asuntos tarifarios, interpongan las partes interesadas contra las Resoluciones del Consejo Directivo.
- q) Conducir la formulación de los informes técnicos y proyectos de Resoluciones que absuelven reclamos interpuestos por discrepancias sobre la interpretación o aplicación que OSINERG realice de una regulación, los cuales son puestos a consideración del Consejo Directivo.
- r) Someter a consideración de la Gerencia General, la aplicación de sanciones y multas por incumplimiento de la normatividad vigente relacionada con la calidad, veracidad y oportunidad de la entrega de la información requerida para la fijación tarifaria, cuya inobservancia se encuentre sujeta a sanción.
- s) Conducir la formulación de los informes técnicos y proyectos de Resoluciones que absuelvan los recursos de apelación interpuestos contra las Resoluciones de Gerencia General, referentes a la imposición de sanciones y multas, por asuntos de carácter regulatorio.
- t) Supervisar el despacho económico realizado por el COES en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, incluyendo las interconexiones eléctricas con los países vecinos.
- u) Preparar el Plan Operativo y el Presupuesto de la Gerencia Adjunta así como las acciones a tomarse en cuenta en la elaboración del Plan de Gestión quinquenal de la Institución.
- v) Conducir y supervisar las actividades correspondientes a los sistemas administrativos emanadas de su condición de unidad de gestión desconcentrada.

- c.1.6. Dependencias de Línea de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria.
  - c.1.6.1. División de Generación y Transmisión Eléctrica.
  - c.1.6.2. División de Distribución Eléctrica.
  - c.1.6.3. División de Gas Natural.
- d. Órganos de Solución de Controversias y Atención de Reclamos.
  - d.1. Tribunal de Solución de Controversias y Cuerpos Colegiados de Solución de Controversias.
  - d.2. Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias y de Cuerpos Colegiados de Solución de Controversias.
  - d.3. Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU).
  - d.4. Secretaría General de la JARU.
- e. Órgano de Control.
  - e.1. Órgano de Control Institucional.



**Gráfico N° 5. Diagrama Organizacional y Funcional OR OSINERGMIN**



**Elaboración:** OSINERGMIN

**Fuente:** OSINERGMIN

## **9. Principales potestades que poseen los OR peruanos a la luz de la LMOR.**

Estas potestades son las delegadas por Ley a los OR. Así el artículo 3 (sus dos apartados 3.1 y 3.2) de la LMOR establece un marco normativo de funciones de carácter administrativo y uniforme que poseen los cuatro reguladores<sup>386</sup> peruanos a lo largo de los seis incisos del artículo 3.1. Sin embargo, el artículo 3.2 del mismo texto normativo obliga a los reguladores a que estas funciones sean ejercidas dentro de los alcances y limitaciones de sus respectivas leyes y reglamentos. A continuación presento un determinado número de funciones atendiendo a la importancia y relevancia del sector:

### **9.1. Potestades normativas.**

Alcanza la facultad exclusiva de dictar en el ámbito de su competencia, Reglamentos, Directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las empresas prestadoras o actividades bajo su ámbito o de sus usuarios.

Asimismo, engloba la facultad de dictar mandatos u otras disposiciones de carácter particular. También incluye, a su vez, la facultad de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por la autoridad.

---

386 Ver integro artículo 3 de la LMOR en el link: <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFGN/Ley27332.pdf> (última visita: 10/5/2013).

## **9.2. Potestades decisorias.**

Al igual que en el modelo español, ésta es una potestad relativa a la toma de decisiones, por parte del Regulador, que afectan directamente a los administrados. Por ejemplo, OSITRAN emite Resoluciones, Directivas y lineamientos que rigen temas de acceso, tarifas, supervisión, procedimientos de reclamos y sanciones, como ha quedado expuesto en el artículo 3.1 apartado a), LMOR de manera general, en concordancia con el artículo 6 de su norma creadora (Ley N° 26917, de 23 de enero de 1998) y ejerce atribuciones regulatorias, normativas, fiscalizadoras y de resolución de controversias.

## **9.3. Potestades arbitrales.**

En realidad es la LMOR la que permite esta potestad. Un claro ejemplo de lo que afirmo es el caso de OSIPTEL que tiene como función administrar arbitrajes entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo con el inciso 8) del artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, el apartado r) del artículo 6 del Reglamento de OSIPTEL y el apartado e) del artículo 8 de la Ley N° 26285.

En tal virtud, la Resolución N° 011-99-CD/OSIPTEL, de 8 de julio de 1999, se aprobó el Reglamento de Arbitraje del OSIPTEL mediante el cual se establece la creación de un centro que tenga a su cargo la administración de los arbitrajes que sean sometidos a OSIPTEL, las reglas o pautas para el acceso al arbitraje administrado por éste y finalmente, el procedimiento respectivo hasta la expedición del laudo como resolución que pone fin a determinado conflicto.

Es importante aclarar que esta norma se aplicará solo en el caso de que se trate de una materia efectivamente arbitrable y que las partes mediante convenio arbitral o cualquier otro documento con efecto

análogo hayan acordado someter sus controversias a arbitraje administrado por OSIPTEL.

El Centro de Arbitraje de OSIPTEL ha sido concebido para dar cumplimiento al mandato legal y contribuir a la solución de conflictos entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, mediante la institucionalización y administración de arbitrajes.

#### **9.4. Potestades de resolución de conflictos.**

Permite la solución de controversias y reclamaciones, y está comprendida en el artículo 3.1 apartados e) y f) de la LMOR<sup>387</sup> respectivamente; la facultad de resolver en sede administrativa los conflictos, las controversias y reclamaciones que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre entidades o empresas “(...)entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados”. Así como también tendrá a su cargo la función de solución de las reclamaciones de los usuarios de los servicios que regulan.

#### **9.5. Potestades de fiscalización.**

Permite fiscalizar e imponer sanciones y medidas correctivas dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como verificar las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión (artículo 3.1 apartado d) de la LMOR.

---

387 Ver:

[http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Publico/3\\_1\\_Ley\\_Marco\\_Organismos\\_Reguladores\\_27332.pdf](http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Publico/3_1_Ley_Marco_Organismos_Reguladores_27332.pdf) . (última visita: 17/7/2013).

## **9.6. Otras potestades.**

### **9.6.1. Reguladora.**

Comprendida en el artículo 3.1 apartado b) de la LMOR, es la facultad de fijar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito. Ésta es una potestad en común que tienen OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS.

### **9.6.2. Supervisora.**

Contenida en el artículo 3.1 apartado a) de LMOR, comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales contractuales o técnicas por parte de las entidades, empresas o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier disposición, mandato o resolución emitida por el OR o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividades supervisadas.

### **9.6.3. Resolución de reclamaciones:**

Por la cual la LMOR habilita a los OR la obligación de resolver las reclamaciones que se presentan en los servicios públicos que regulan (artículo 3.1, apartado f).

**Tabla N° 13. Competencias para resolver controversias**

	<b>NORMA PRIMIGENIA.</b>	<b>MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC, SE APROBÓ EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADO EL 6 DE MAYO DE 1993.</b>
<b>O S I P T E L</b>	Competencias para controversias entre empresas de servicios públicos.	Son las establecidas en el artículo 53 del Reglamento General del OSIPTEL.
	Competencias para reclamos de usuarios servicios públicos.	Son las establecidas en el artículo 54 del Reglamento General del OSIPTEL.
	Órgano encargado de resolver las controversias entre empresas.	Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL (artículo 51)
	Órgano encargado de resolver las reclamaciones por usuarios de servicios públicos.	Tribunal Administrativo de Reclamos de Usuarios (TRASU) (artículo 58 y 59). Además tiene un Centro de Arbitraje.
	Conformación de los Tribunales que resuelven reclamaciones de usuarios de servicios públicos.	TRASU; Resolución N° 015-99-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.
	Posibilidad de administrar arbitrajes	Si tiene esa posibilidad (artículo 50).
	Posibilidad de delegar la función de solución de controversias.	La función de los Cuerpos Colegiados (primera instancia) puede ser delegada (artículo 52°).
<b>O S I N E R G M I N</b>	Norma y fecha de creación.	Ley N° 26734, publicado el 31 de diciembre de 1996.
	Competencias para controversias entre empresas.	Son las establecidas en el artículo 46 del Reglamento General del OSINERG.
	Competencias para reclamos de usuarios servicios públicos.	Son las establecidas en el artículo 48 del Reglamento General del OSINERG.
	Órgano encargado de resolver las controversias entre empresas.	Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG (artículo 45)
	Órgano encargado de resolver las reclamaciones por usuarios de servicios públicos.	La Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU) (artículo 48).
	Conformación de los Tribunales que resuelven reclamaciones de usuarios de servicios públicos.	Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU): Según el Reglamento de la JARU, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 312-2004-OS/CD, está compuesto por Salas Unipersonales y Salas Colegiadas. Las Unipersonales son aquellas que resuelven reclamaciones cuyas cuantías sean menores al 50% de la UIT (Unidad Impositiva Tributaria) vigente, mientras que las Salas Colegiadas resolverán sobre reclamaciones cuya cuantía supere el 50% de la UIT vigente.
	Posibilidad de administrar arbitrajes	Si se le habilita tal posibilidad según LMOR (antiguamente no tenía)
Posibilidad de delegar la función de solución de controversias.	Si se le habilita tal posibilidad según LMOR.	
<b>O S I T R A N</b>	Norma y fecha de creación.	Ley N° 26917, publicado el 23 de enero de 1998.
	Competencias para controversias entre empresas.	Son las establecidas en el artículo 46° del Reglamento General del OSITRAN.
	Competencias para reclamos de usuarios servicios públicos.	Son las establecidas en el artículo 47 del Reglamento General del OSITRAN.
	Órgano encargado de resolver las controversias entre empresas.	Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN (artículo 44)
	Órgano encargado de resolver las reclamaciones por usuarios de servicios públicos.	(También) Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN (artículo 57).

**Elaboración: Propia.**

**Tabla N° 14. Competencias para resolver controversias**

<b>O S I T R A N</b>	<b>CONFORMACIÓN DE LOS TRIBUNALES QUE RESUELVEN RECLAMACIONES DE USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS.</b>	<b>LA CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, ES LA INDICADA EN LA LMOR.</b>
	Posibilidad de administrar arbitrajes.	Si tiene esa posibilidad (artículo 43) adicionalmente LMOR también le da esa posibilidad.
	Posibilidad de delegar la función de solución de controversias.	La función de los Cuerpos Colegiados (primera instancia) puede ser delegada (artículo 45).
<b>S U N A S S</b>	Norma y fecha de creación.	Decreto Ley N° 25965, publicado el 19 de diciembre de 1992.
	Competencias para controversias entre empresas.	Será de conformidad con lo que establezca el respectivo Reglamento aprobado por el Consejo Directivo (artículo 45 del Reglamento General de SUNASS).
	Competencias para reclamos de usuarios servicios públicos.	La SUNASS resolverá los reclamos de los usuarios de conformidad con lo que establezca el respectivo Reglamento, aprobado por su Consejo Directivo (artículo 46 del Reglamento General).
	Órgano encargado de resolver las controversias entre empresas.	Tribunal de Solución de Controversias de SUNASS (artículo 43) – no instalado.
	Órgano encargado de resolver las reclamaciones por usuarios de servicios públicos.	Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento (TRASS) (artículo 43).
	Conformación de los Tribunales que resuelven reclamaciones de usuarios de servicios públicos.	Se encuentra conformada por una Sala compuesta por tres vocales nombrados por el Consejo Directivo de SUNASS. Resuelven todas las reclamaciones, sin hacer distinciones en cuantías como en el caso de OSINERG.
	Posibilidad de administrar arbitrajes.	Si tiene esa posibilidad (artículo 42) adicionalmente LMOR también le da esa posibilidad.
Posibilidad de delegar la función de solución de controversias.	La función de los Cuerpos Colegiados (primera instancia) puede ser delegada (artículo 44).	

**Elaboración: Propia**

## **10. Clasificación de Organismos Reguladores en el Perú.**

En esta parte considero conveniente hacer una distinción dentro de los OR, en razón a las actividades del sector con alto interés económico como es el sector de red. De los cinco OR perfectamente establecidos por la normatividad peruana actual, dos lo son de servicios de red: el Organismo Regulador de Telecomunicaciones (OSIPTTEL), así como el Organismo Regulador de Energía, Hidrocarburos y Minería (OSINERGMIN).

### **10.1. El Organismo Regulador en materia de telecomunicaciones: Organismo Supervisor de las Telecomunicaciones (OSIPTTEL)<sup>388</sup>.**

En la parte introductoria he explicado el contexto y nacimiento de los reguladores, específicamente en el Gobierno de 1990 que aplicó la desregulación y liberalización de este sector y su directa vinculación con los reguladores, siendo necesario expedir dos Decretos legislativos.

Resulta sumamente revelador señalar estos dos Decretos para entender la despublicación de los servicios públicos, me refiero a los Decretos Legislativos N° 701 y N° 702<sup>389</sup>, con especial énfasis en este último referido a declarar (vía publicatio) de “necesidad pública” el desarrollo de las telecomunicaciones y aprobar normas que regulan la promoción de la inversión privada sobre las que se edifica todo el entramado de la legislación que permitirá la liberalización de los servicios de telecomunicaciones así como la creación del Regulador. Su sede se encuentra ubicada en la ciudad de Lima.

---

388 Sobre datos institucionales se puede consultar: <http://www.osiptel.gob.pe/> (última visita: 2/5/2013).

389 Ambos Decretos legislativos fueron expedidos el mismo día (5 de noviembre de 1991) por el Poder Ejecutivo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 188 de la antigua Constitución de 1979 y mediante Ley N° 25327 en la cual el Poder Legislativo delega al Poder Ejecutivo las facultades de legislar, entre otras materias, para eliminar las prácticas monopolistas controladoras y restrictivas de la libre competencia en la producción de bienes y la prestación de servicios permitiendo que la libertad de empresa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios.



### **10.1.1. Regulación normativa.**

En 1991 se promulga la Ley de Telecomunicaciones (LT), la cual fue complementada por los Decretos Leyes N° 26095 (modifican las normas que regulan la promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de 28 de diciembre de 1992) y N° 26096 de 28 de diciembre de 1992, (aprueban capítulos complementarios de las normas que regulan la promoción de Inversión privada en telecomunicaciones) referidos al papel que el Estado debía tener en el sector de telecomunicaciones. En 1993 se aprobó el D.S N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (TUO-LT), de 28 de abril de 1993, que recoge y ordena las normas con rango de ley relacionadas a la modificación de la Ley de Telecomunicaciones<sup>390</sup>. El Reglamento de esta ley fue aprobado en 1994.

Finalmente, está la Ley N° 26285 de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios públicos y de servicios de portadores de larga distancia, de 12 de enero de 1994, (posterior a la expedición de la Constitución Política de 1993). Esta ley en su artículo 5 crea el organismo supervisor de las telecomunicaciones denominado OSIPTEL, el cual se define como “Entidad pública descentralizada, adscrita a la PCM un organismo público” (artículo 6).

Por ello, señalo que los antecedentes o contexto en el que fue creado OSIPTEL descansan en el proceso de desmonopolización progresiva de

---

390 El objetivo de la Ley de Telecomunicaciones (LT) fue eliminar la exclusividad que tenía el Estado en la operación y provisión de los servicios de telecomunicaciones, promoviendo la transferencia de las empresas de telecomunicación al sector privado. La Ley de Telecomunicaciones, fue diseñada, para promover la inversión extranjera en el sector y la libre competencia en todos los servicios de telecomunicaciones en los que fuera posible. Para ello, la Ley clasifica estos servicios para efectos de su regulación, establece la obligatoriedad de la interconexión de redes de telecomunicación.

los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia<sup>391</sup>.

Finalmente, la Ley N° 27336, de 5 de agosto de 2000, precisa las normas relativas a las funciones del organismo regulador, luego mediante Ley N° 27332, de 29 de julio de 2000, se regula la composición de su órgano directivo. Finalmente el DS N° 104-2010-PCM, aprueba la modificación al Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de 3 de diciembre de 2010. Las funciones generales de OPSITEL son:

- Función normativa: mediante esta función, el OSIPTEL dicta Reglamentos para regular los temas necesarios en el mercado de las telecomunicaciones tales como: sistemas tarifarios, procedimientos de reclamaciones, organización interna del regulador.
- Función reguladora: está referida a la fijación de tarifas en el sector de las telecomunicaciones; actualmente estas tarifas son establecidas libremente por cada empresa operadora, de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda en el mercado; no obstante, el OSIPTEL puede establecer tarifas tope para determinados servicios.

---

391 Esto quedó materializado en la Ley N° 26285 de desmonopolización progresiva de los servicios públicos de Telecomunicaciones, publicado el 14 de enero de 1994. ALCAZAR, L. Y POLLAROLO, P. (2000, 17) señalan que un importante marco normativo lo constituyen los contratos de concesión entre el Estado y CPT, preparados para la privatización y aprobados por DS N° 11-94-TC, de 13 de mayo de 1994. En estos contratos, el titular pasó a ser TdP S.A. El contrato de concesión tiene una peculiaridad al establecer reglas sobre aspectos muy importantes, tales como el periodo de concurrencia limitada, el pago de tasas, los requisitos de cobertura y calidad del servicios a cargo de la empresa concesionaria, la interconexión, los mecanismos tarifarios, las reglas de competencia, las obligaciones del Ministerio, las infracciones y sanciones, y las causas de término de la concesión. Las disposiciones contenidas en estos contratos tienen fuerza de Ley entre las partes, y no pueden ser modificadas sino por acuerdo mutuo.

- Función supervisora: esta función descansa en que el OSIPTEL puede verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras así como de los Reglamentos a los que deben ceñirse.
- Función fiscalizadora y sancionadora: es aquella función por la cual el OSIPTEL puede imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.
- Función de tipificación de sanciones: por esta función, el OSIPTEL podrá, en materias de su competencia exclusiva, tipificar las infracciones que no estén previstas en la ley de Telecomunicaciones y determinar las sanciones correspondientes dentro de las categorías previstas en la referida ley.
- Función de solución de reclamos de usuarios: el OSIPTEL tiene competencia exclusiva para reconocer y resolver las reclamaciones presentadas por usuarios contra empresas operadoras, en segunda instancia está relacionada con:
  - Traslado del servicio
  - Instalación o activación del servicio
  - Facturación o cobro de servicios
- Función de solución de controversias: esta función es la que se encarga de resolver en vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre empresas operadoras, y entre éstas y el usuario. La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos.

### **10.1.2.Naturaleza jurídica del OSIPTEL.**

La creación del OSIPTEL, fue solicitada expresamente por el Presidente de la República en 1990. En su origen estuvo adscrito bajo su propia cartera. Este es el clásico modelo que E. Vírgala Foruria señala como Agencia Ejecutiva<sup>392</sup>.

La naturaleza jurídica de OSIPTEL, establecida por su Ley de creación así como la LMOR, es la de un organismo público especializado, que actúa descentralizadamente pero adscrito a la PCM.

Este “ente” goza de autonomía técnica, económica<sup>393</sup>, financiera, funcional y administrativa, de conformidad por la Ley de Telecomunicaciones.

El OSIPTEL es un órgano de corte administrativo con facultades supervisoras y fiscalizadoras en los servicios de red - objeto de liberalización.

### **10.1.3.Funcionamiento del consejo directivo según su Estatuto jurídico.**

---

392 VÍRGALA FORURIA, E. (2004, 40) ; MARTÍ SÁNCHEZ, S. (2006,101).

393 Su presupuesto es financiado con los aportes de las empresas operadoras en concepto de servicios de supervisión, constituidos por un porcentaje sobre el total de ingresos brutos de las empresas prestadoras, su aporte es de 0.005% del monto facturado y cobrado dentro del territorio nacional. Este aporte fue establecido por el artículo 6 de la Ley N° 26285, Dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de larga distancia, de 14 de enero de 1994 y el monto del porcentaje fue determinado por el Reglamento del OSIPTEL, aprobado por el artículo 64 del DS N° 062-94-PCM, de 9 de agosto de 1994.

La Resolución de Consejo Directivo N° 030-2013-CD/OSIPTTEL, de 28 de febrero de 2013, aprueba “Reglamento Interno del Consejo Directivo del OSIPTTEL”<sup>394</sup>.

#### **10.1.4. Naturaleza del Consejo Directivo.**

Según lo dispuesto por el artículo 2, el Consejo Directivo es el órgano máximo del OSIPTTEL. Tiene a su cargo el establecimiento de las políticas y la dirección del organismo, y ejerce sus competencias conforme a la normativa vigente.

#### **10.1.5. Designación.**

De conformidad al artículo 3, el Consejo Directivo está conformado por cinco miembros designados mediante Resolución Suprema, de acuerdo a las normas vigentes antes vistas.

##### **10.1.5.1. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo.**

Se encuentra regulado en el artículo 8 del DS N° 042-2005-PCM, de 8 de junio de 2005, por el cual el período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo se computará desde el día siguiente al día de vencimiento del período de designación del anterior miembro, salvo lo dispuesto en el artículo 6 del DS N° 042-2005-PCM, relativo a la designación de miembro de Consejo Directivo para completar el período restante.

En el caso de cambio de los titulares de los sectores señalados en el apartado 6.2 del artículo 6 del DS N° 042-2005-PCM (Ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada) de la LMOR de la

---

394 <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/n-0302013cdosiptel/Res030-2013-CD.pdf>

Inversión Privada en los Servicios Públicos, no genera la obligación de formular renuncia al cargo por parte de los miembros del Consejo Directivo.

#### **10.1.5.2. Derechos de los Miembros del Consejo Directivo.**

Conforme a lo establecido en el artículo 4, son derechos de los miembros del Consejo Directivo:

- a) Ser convocados con la debida anticipación, salvo para temas de urgencia, a las sesiones del Consejo Directivo.
- b) Participar con voz y voto en las sesiones del Consejo Directivo.
- c) Solicitar y obtener copia en forma impresa o digital de cualquier documento institucional o acta de las sesiones del Consejo Directivo.
- d) Recibir una retribución económica, de conformidad con lo establecido en las normas legales vigentes.

#### **10.1.5.3. Deberes.**

Son deberes de los miembros del Consejo Directivo (artículo 5):

- a) Desempeñar el cargo con diligencia, autonomía e independencia de criterio.
- b) Justificar su inasistencia a una sesión convocada ante el Consejo Directivo. La concesión de la licencia que solicite un miembro del Consejo Directivo corresponde ser aprobada por el Consejo Directivo.

c) Manifiestar y abstenerse de participar en la deliberación y resolución de aquellos asuntos en que tenga interés en conflicto con la materia de la sesión.

#### **10.1.5.4. Funciones del Consejo Directivo.**

El artículo 6, señala cuáles son funciones del Consejo Directivo, entre otras las siguientes:

- a) Aprobar la política general del OSIPTEL.
- b) Expedir normas y resoluciones de carácter general o particular, en materias de su competencia.
- c) Proponer la expedición de normas que contribuyan al cumplimiento de sus fines.
- d) Aprobar la enajenación, permuta, compra, concesión de promesas de compra-venta, garantías, concesión de préstamos y adjudicación de bienes del OSIPTEL en pago de deudas.
- e) Aprobar la Memoria Anual.
- f) Aprobar los convenios y gestiones de carácter interinstitucional que se requiera para el cumplimiento de sus fines.
- g) Nombrar y remover a los miembros de los cuerpos colegiados.
- h) Nombrar y remover a los integrantes del TRASU.
- i) Nombrar y remover al Secretario del Consejo Directivo a propuesta del Presidente.
- j) Otorgar los poderes que considere necesarios.
- k) Aprobar la conformación de Comités Consultivos, cuyos pronunciamientos no tendrán carácter vinculante.
- l) Aprobar la estructura orgánica de OSIPTEL en los niveles inferiores a la Gerencia General.
- m) Designar al Vicepresidente del Consejo Directivo, conforme al procedimiento establecido en el presente Reglamento.

#### **10.1.6. Vacancia.**

El cargo de miembro del Consejo Directivo cesa por cualquiera de las siguientes causas, contenidos en el artículo 9:

- a) Fallecimiento.
- b) Renuncia.
- c) Remoción.
- d) Vencimiento del periodo de designación.

La remoción de los miembros del Consejo Directivo será bajo causas tasadas y previas a un debido proceso. El Presidente del Consejo de Ministros informará, dentro de los diez (10) días hábiles, a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión (artículo 2 de la Ley N° 28337, ley que modifica diversos artículos de la LMOR)<sup>395</sup>.

#### **10.1.7. Periodicidad de las Sesiones.**

Las sesiones del Consejo Directivo pueden ser ordinarias o extraordinarias. Las sesiones ordinarias se realizan como mínimo una vez al mes y como máximo, dos veces al mes, y extraordinariamente según determine el Presidente o la mayoría de sus miembros (artículo 11).

#### **10.1.8. Convocatoria.**

La convocatoria a las sesiones se realiza con una anticipación mínima de tres (3) días hábiles, salvo casos excepcionales debidamente justificados. Conjuntamente con la convocatoria, debe remitirse la agenda y toda la documentación e información que sirva de base para el análisis, discusión y toma de acuerdos por parte del Consejo Directivo; así como los Proyectos de resolución respectivos, de ser el caso. La convocatoria y la documentación aludida en el párrafo precedente deben remitirse a la dirección establecida por cada miembro del Consejo Directivo o vía correo

---

<sup>395</sup> Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, que aprueba el Reglamento de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por la Ley N° 28337, de 8 de junio de 2005.



electrónico o cualquier otro medio idóneo, adjuntándose los archivos debidamente digitalizados, si así es acordado.

Excepcionalmente, se entiende constituida la sesión sin necesidad de convocatoria previa cuando, encontrándose presentes todos los miembros del Consejo Directivo, aprueben su realización y la agenda por unanimidad (artículo 12).

#### **10.1.9. Lugar de las sesiones.**

De acuerdo del artículo 13, las sesiones se realizan en la sede principal del OSIPTEL, salvo excepciones fundamentadas en el acta correspondiente. Las sesiones pueden ser no presenciales, pudiendo realizarse a través de medios telefónicos, electrónicos o de otra naturaleza, siempre que exista una adecuada comunicación y que la misma se realice sin mayor retardo. Cualquier miembro del Consejo Directivo puede oponerse a que se utilice este mecanismo. La asistencia no presencial de uno o más miembros del Consejo Directivo será considerada como asistencia plena para todos los efectos.

#### **10.1.10. Presidencia de la sesión.**

Las sesiones son presididas por el Presidente del Consejo Directivo. En los casos de ausencia o impedimento del Presidente, preside las sesiones el Vicepresidente (artículo 14).

#### **10.1.11. Quórum.**

El quórum de asistencia a las sesiones es la mitad más uno de los miembros hábiles. Si el número de miembros hábiles es impar, el quórum es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel (artículo 15).

#### **10.1.12. Asistencia del Gerente General.**

El Gerente General asiste a las sesiones del Consejo Directivo con voz y sin voto (artículo 16).

#### **10.1.13. Desarrollo de la sesión.**

Las sesiones se desarrollan de acuerdo al siguiente orden:

- a) Lectura, consideración, modificación, aprobación y suscripción del acta de la sesión anterior.
- b) Informe del Presidente del Consejo Directivo sobre la documentación recibida que tenga relación con los asuntos en los cuales el Consejo Directivo tenga participación o que por su importancia, sea de interés institucional.
- c) Orden del día, que implica una deliberación y adopción de acuerdos de cada uno de los puntos establecidos en la agenda, luego del sustento respectivo.
- d) Pedidos de los miembros del Consejo Directivo, debidamente sustentados. El Consejo Directivo puede priorizar los temas de la agenda a tratar. La sesión puede ser suspendida por acuerdo del Consejo Directivo continuándose con el desarrollo de la agenda en fecha posterior, sin que constituya una nueva sesión, debiendo dejarse constancia de ello. El Consejo Directivo puede acordar la inclusión a propuesta de cualquiera de sus miembros, de un punto adicional en la agenda (artículo 17).

#### **10.1.14. Votación y acuerdos.**

De acuerdo al artículo 20, los acuerdos se toman por mayoría simple de los miembros asistentes. El Presidente tiene voto dirimente en caso de empate. Los miembros del Consejo Directivo se encuentran obligados a emitir su voto, afirmando su posición sobre los temas de la agenda, salvo que exista interés en conflicto con alguna

materia de la sesión, en cuyo caso deberán manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente al asunto. Los demás miembros del Consejo Directivo pueden solicitar la abstención de quien tenga interés en conflicto con la materia de la sesión y, de no producirse la abstención, se resolverá por votación. Los miembros del Consejo Directivo que expresen una votación distinta a la de la mayoría deben hacer constar su posición en el acta de la sesión, debidamente motivada.

## **10.2. El Organismo Regulador de los Servicios de Red en materia de Energía, Hidrocarburos y Minería: ORGANISMO SUPERVISOR DE LA ENERGÍA (OSINERGMIN)<sup>396</sup>.**

Dos años después de haberse creado OSIPTEL, el Estado peruano da un paso más en la creación de reguladores a la par de la liberalización del sector eléctrico e hidrocarburos y estableciendo con ello su Organismo Regulador.

El Organismo Supervisor de la Energía, denominado OSINERG, se creó mediante Ley N° 26734, de 31 de diciembre de 1996, y estuvo encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas de las actividades que desarrollan las empresas en los dos subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como de velar por el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente. El OSINERG inició efectivamente el ejercicio de sus funciones el 15 de octubre de 1997 y se encontraba adscrito al sector del Ministerio de Energía y Minas (MEM)<sup>397</sup>. Por ello, señalo que este regulador no es una verdadera CRI en el más amplio sentido del término. Su sede institucional se encuentra ubicada en la ciudad de Lima.

---

396 La información institucional se puede verificar y contrastar en el siguiente link: <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/Publico/1.htm> (última visita: 18/7/2013).

397 Posteriormente pasó a la PCM y después al MEF, mediante LMOR.

### **10.2.1. Regulación normativa, su evolución.**

Posteriormente, con fecha 29 de julio de 2000 se promulga la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en la cual se asignan a los OR las funciones de supervisión, regulación, fiscalización y sanción, solución de controversias y reclamaciones. Según esta Ley, el OSINERG asumía las funciones de regulación que hasta esa fecha venía desarrollando la antigua Comisión de Tarifas de Energía (CTE). OSINERG asume, además, por fusión, a esta Comisión.

Mediante Ley N° 27699 Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERG, de 16 de abril de 2002 se amplían las facultades del Organismo Regulador, entre las cuales destacan el control de calidad y cantidad de combustibles y mayores prerrogativas dentro de su facultad sancionadora.

### **10.2.2. De OSINERG a OSINERGMIN.**

Finalmente, el 24 de enero de 2007, conforme a los artículos 1, 2 y 18 de la Ley N° 28964, que transfiere competencia de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, de 24 de enero de 2007. OSINERG pasó a ser OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), declarado como Organismo Regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, siendo integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.

La expedición de la Ley N° 29901, que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, de 11 de

julio de 2012, plantea dos situaciones: la primera es la referida a aclarar las precisiones de la segunda disposición complementaria final y de la séptima disposición complementaria de la Ley de seguridad y salud en el trabajo; la segunda precisión se refiere a las competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)<sup>398</sup>.

### **10.2.3. Naturaleza jurídica.**

La novísima legislación dada a este sector energético ha sido generosa con el “ente”, el OSINERGMIN posee “...una personalidad jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera.” Tiene como principal tarea la regulación, supervisión y fiscalización, en el ámbito nacional, del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como del cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.

### **10.2.4. Nombramiento y designación.**

Es necesario precisar que todos los procedimientos de nombramientos y designación de los integrantes del Consejo Directivo de cualquiera de los OR peruanos pasan por el cumplimiento del

---

398 El artículo 2 relativo a las precisiones de la segunda disposición complementaria final y de la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, señala: “[...] Precísese que la transferencia de las competencias de fiscalización minera al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establecida en la segunda disposición complementaria final de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se limita únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos”.

Mientras que el artículo 3 del citado texto legal está referido a las competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) para supervisar y fiscalizar: “En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos”.

proceso de selección impulsado por la Comisión de Selección de Postulantes a Directores de los OR, sus requisitos se encuentran tasados en el artículo 13, previo concurso público de méritos que tiene el carácter presencial en fases eliminatorias de cada una de las etapas, tal y como establece el DS N° 103-2012-PCM, de 14 de octubre de 2012<sup>399</sup> y como antes ya se señaló.

Es necesario destacar que cada fase de aptitud y eliminación de los postulantes se publicita en los portales web tanto de los reguladores como en la web site de la PCM. Finalizado el concurso público, la Comisión de selección alcanza el resultado al Presidente de la PCM y éste al Presidente de la República para su nombramiento, extinguiéndose así las funciones de la Comisión de Selección de Postulantes. A los tres días de recibir la lista

---

399 En cuanto a las etapas, fases y puntuación de las mismas, se puede apreciar que el artículo 16 de la Evaluación Curricular establece que la Comisión de Selección evaluará la documentación presentada por cada uno de los postulantes declarados como aptos.

Para dicho efecto, la Comisión evaluará los siguientes aspectos y asignará los puntajes respectivos, según se indica:

- Experiencia directriz - Hasta 25 puntos.
- Experiencia en materia regulatoria y/o técnica - Hasta 25 puntos.
- Experiencia en Gestión Pública - Hasta 25 puntos.
- Aspectos Académicos - Hasta 25 puntos.

La asignación de puntajes tendrá en cuenta la mayor calificación profesional, académica o experiencia acreditada.

En cualquier momento del procedimiento de selección, cuando la Comisión lo considere necesario, podrá solicitar a cualquier postulante la aclaración de información curricular presentada en el procedimiento.

La evaluación curricular se llevará a cabo en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de efectuada la publicación de postulantes aptos.

El puntaje máximo será de 100 puntos. Únicamente los diez (10) postulantes con mayor calificación curricular pasarán a la fase de entrevista personal.

Una vez culminada la evaluación curricular, la Comisión publicará por dos (2) días hábiles en el portal electrónico de la PCM y en el portal de los OR, la lista de los diez (10) postulantes a los que hace mención el párrafo anterior, en orden alfabético, señalando el nombre completo del postulante y su número de Documento Nacional de Identidad. El puntaje mínimo requerido para calificar a la etapa siguiente es de 70 puntos.

Mientras que el artículo 17 del mismo texto materia de análisis establece que: la Comisión de Selección citará a los postulantes que obtuvieron los cinco mejores puntajes en la evaluación curricular a una entrevista personal, debiendo presentar, como mínimo un (1) día calendario antes de la misma, un ensayo, el cual no podrá tener más de cuatro (4) páginas tamaño A4 y con espacio interlineado de 1.5. El tema del ensayo se determinará en cada convocatoria. El puntaje máximo de esta fase será de cien (100) puntos.

Para efecto de la puntuación a asignarse con ocasión de la entrevista personal, la Comisión de Selección tendrá en cuenta los factores y puntajes máximos siguientes:

- Ensayo: Hasta 20 puntos.
- Visión estratégica del postulante del sector sujeto a regulación: Hasta 25 puntos.
- Experiencia y/o conocimiento en el sector y/o en materia regulatoria: Hasta 25 puntos.
- Aptitud para la comunicación: Hasta 15 puntos.
- Atributos de personalidad: Hasta 15 puntos.

de postulantes aptos, el Presidente de la República expide la resolución suprema y ésta es refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros.

**10.2.5. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo (artículo 8 del Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).**

El período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo se computa desde el día siguiente al de vencimiento del período de designación del anterior miembro, salvo lo dispuesto en el artículo 6 del DS N° 042-2005-PCM, relativo a la designación de miembro de Consejo Directivo para completar el período restante<sup>400</sup>.

**10.2.6. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los OR.**

El Presidente del Consejo de Ministros “informará, dentro de los diez (10) días útiles, a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión” (artículo 2 de la Ley N° 28337, ley que modifica diversos artículos de la LMOR).

**10.2.7. En el caso de cambio de titular del sector (artículo 4° Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).**

---

400 Cuando un miembro del Consejo Directivo cesa en sus funciones antes de la culminación de su período de designación, el reemplazante será designado solo para completar dicho período; sin perjuicio que pueda ser designado por un período adicional, conforme al artículo 6.5 de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Cuando se trate del representante de la sociedad civil y el tiempo restante para completar el período correspondiente no exceda de seis (6) meses, no será necesario proceder a concurso, pudiendo designarse directamente al miembro del Consejo Directivo, siempre y cuando cumpla con los requisitos a que se refiere el artículo 7 de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

El cambio de los titulares de los sectores señalados en el inciso 6.2 del artículo 6 (Ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada) de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos no genera la obligación de formular renuncia al cargo, por parte de los miembros del Consejo Directivo.

#### **10.2.8. Funcionamiento del Consejo Directivo del OSINERGMIN.**

El funcionamiento del regulador de la energía se encuentra inicialmente establecido en el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, que aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, de 8 de mayo de 2001<sup>401</sup>.

Con fecha 20 de diciembre de 2005, se expide la Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía OSINERG N° 459-2005-OS-CD, por la cual se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones, el Organigrama y el Cuadro de Asignación de Personal de OSINERG, en adelante (RCD). Este Reglamento se encuentra vigente a la fecha<sup>402</sup>.

Finalmente, con la promulgación de la Ley N° 28964, de 24 febrero de 2007, que transfiere competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG, se establece, en su artículo 18, que toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

---

401

[http://srvapp03.osinerg.gob.pe:8888/snl/normaPortalGeneral.htm?\\_formAction=show&\\_id=6](http://srvapp03.osinerg.gob.pe:8888/snl/normaPortalGeneral.htm?_formAction=show&_id=6)  
Asimismo su derogatoria y actualizaciones normativas la podemos encontrar en el siguiente enlace: <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/JARU/CD/008fiscalizacion/ds54-2001-pcm.PDF>

402

[http://srvapp03.osinerg.gob.pe:8888/snl/normaPortalGeneral.htm?\\_formAction=show&\\_id=6](http://srvapp03.osinerg.gob.pe:8888/snl/normaPortalGeneral.htm?_formAction=show&_id=6)  
(última visita: 20/7/2013).



#### **10.2.8.1. Funciones.**

El Consejo Directivo tiene las siguientes funciones que se establecen en el artículo 10 del RCD:

- Elegir a su Vicepresidente.
- Nombrar y remover al Gerente General, a propuesta del Presidente del Consejo Directivo.
- Nombrar y remover al Gerente Adjunto de Regulación Tarifaria, a propuesta del Presidente del Consejo Directivo.
- Designar a los miembros del Cuerpo Colegiado Permanente de Solución de Controversias y de los Cuerpos Colegiados Ad Hoc, así como declarar su vacancia, cuando ello corresponda.
- Designar a los miembros de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios y declarar su vacancia, cuando ello corresponda.
- Dictar las normas, reglamentos, resoluciones y/o directivas referidas a asuntos de su competencia.
- Proponer ante las autoridades correspondientes las normas legales relacionadas con el desarrollo de las actividades en los subsectores de electricidad e hidrocarburos.
- Planear, dirigir y supervisar las funciones de OSINERG.
- Velar por la adecuada transparencia en el desarrollo de las funciones de OSINERG, que permita el acceso ciudadano a la información de OSINERG y su participación en el proceso de toma de decisiones y evaluación de su desempeño.
- Aprobar el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de OSINERG.

- Proponer a la Presidencia del Consejo de Ministros, el presupuesto de OSINERG.
- Aprobar la memoria anual y los estados financieros de OSINERG.
- Aprobar la enajenación, permuta, compra, concesión de promesas de compraventa, garantías, concesión de préstamos y adjudicación de bienes de OSINERG en el pago de deudas.
- Aceptar asignaciones, donaciones, legados o transferencias por cualquier título hacia OSINERG.
- Aprobar el establecimiento de dependencias de OSINERG fuera de Lima.
- Autorizar la concesión de poderes que el Presidente del Consejo Directivo y/o que el Gerente General debe extender por escritura o por acta, según corresponda de acuerdo a ley, a favor de los funcionarios o terceras personas, documentos que serán suscritos por el Gerente General a nombre de OSINERG.
- Resolver, como única instancia administrativa, los recursos de reconsideración, en materia tarifaria, que las partes interesadas interpongan contra las resoluciones del Consejo Directivo de OSINERG.
- Resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de la Gerencia General y las sanciones que sean impuestas por las empresas supervisoras.
- Fijar, revisar y modificar las tarifas de venta de energía eléctrica, con estricta sujeción a los procedimientos establecidos por la Ley de Concesiones Eléctricas. Asimismo, fijar, revisar y modificar las tarifas y compensaciones que deberán pagarse por el uso de los sistemas de transmisión y sistemas de distribución de energía eléctrica, de acuerdo a los criterios establecidos en las normas aplicables en el sub-sector electricidad.
- Fijar, revisar y modificar las tarifas y compensaciones por el servicio de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos, de transporte de gas natural por ductos y por el servicio de distribución

de gas natural por red de ductos, de acuerdo a los criterios establecidos en las normas aplicables en el sub-sector hidrocarburos.

- Aprobar el valor nuevo de reemplazo de las instalaciones de transmisión, de distribución de electricidad y de distribución de gas natural por red de ductos.

- Encargar los estudios para la determinación de la tasa de actualización a que se refiere el artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

- Establecer el costo de racionamiento a que se refiere la definición N° 3 del Anexo de la Ley de Concesiones Eléctricas.

- Fijar el precio básico de la potencia de punta a que se refiere el inciso f) del artículo 47 de la Ley de Concesiones Eléctricas, según el procedimiento definido en el artículo 126 de su Reglamento.

- Fijar, revisar y modificar los montos que deberán pagar los usuarios de servicio público de electricidad, por todos los conceptos señalados en el artículo 163 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

- Fijar el margen de reserva firme objetivo de cada sistema eléctrico donde exista un COES y la tasa de indisponibilidad fortuita de la unidad de punta a que se refiere el artículo 126 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

- Aprobar la precalificación de empresas consultoras para la elaboración de los estudios tarifarios y especiales que se requieran.

- A solicitud de la Oficina de Promoción de la Inversión (PROINVERSIÓN), prestar apoyo en la implementación de los procesos de privatización relacionados con las actividades del sector energía.

- Aprobar los viajes al exterior de los funcionarios de OSINERG, solicitados por la Gerencia General o por la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria.

- Aprobar la política de capacitación de OSINERG.

- Ejercer las demás atribuciones que le señale la normatividad legal vigente sobre la materia.

El Consejo Directivo ejerce de forma exclusiva las funciones de regulación de OSINERG y sólo puede delegar las facultades establecidas en los apartados “m”, “n” y “bb” del presente artículo.

#### **10.2.9. Cargo indelegable.**

El cargo de miembro del Consejo Directivo es indelegable (artículo 53).

#### **10.2.10. Dietas.**

Corresponde a los miembros del Consejo Directivo percibir dietas por asistencia a las sesiones, con excepción del Presidente quien percibirá una retribución mensual, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del presente Reglamento (artículo 54).

#### **10.2.11. Sesiones.**

El Consejo Directivo celebrará sesiones ordinariamente, como mínimo dos veces al mes; y extraordinariamente, según lo determine el Presidente o la mayoría de sus miembros (artículo 55).

#### **10.2.12. Quórum.**

El quórum de asistencia a las sesiones es la mitad más uno de los miembros hábiles. Si el número de miembros hábiles es impar, el quórum es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel. En aquellos casos relacionados con tarifas se requerirá un quórum de cuatro miembros hábiles. Será necesaria la presencia del Presidente o del Vicepresidente para celebrar sesiones válidamente. Los acuerdos serán tomados por la mayoría de los miembros asistentes (artículo 56).

### **10.2.13. Presidencia de las Sesiones.**

Las sesiones serán presididas por el Presidente del Consejo Directivo, el cual tiene voto dirimente. En los casos de ausencia o impedimento del Presidente, presidirá las sesiones el Vicepresidente (artículo 57).

#### **10.2.13.1. El Presidente del Consejo Directivo.**

De acuerdo al artículo 11, el Presidente del Consejo Directivo es el titular de OSINERG, y efectúa labores a tiempo completo y a dedicación exclusiva. Puede únicamente, tener como labor adicional la docencia.

De conformidad al artículo 12, el Presidente del Consejo Directivo de OSINERG tiene las siguientes funciones:

- a) Convocar y presidir las sesiones del Consejo Directivo y determinar los asuntos a ser incorporados en la agenda.
- b) En el caso que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, el Presidente podrá adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda informar al Consejo Directivo, poniendo en su conocimiento y dando cuenta de la adopción de dichas medidas, en la sesión más próxima.
- c) Representar a OSINERG ante autoridades públicas e Instituciones nacionales o del exterior y directorios de empresas.
- d) Emitir las resoluciones sobre los acuerdos aprobados por el Consejo Directivo y velar por su oportuno y estricto cumplimiento (Reglamento de Organización y Funciones, Organigrama y Cuadro de Asignación de Personal de OSINERG Resolución de Consejo Directivo N° 459-2005-OS-CD).
- e) Supervisar la marcha de la institución y vigilar que se desarrollen sus funciones con la debida transparencia.

- f) Proponer ante el Consejo Directivo, el nombramiento o remoción del Gerente General.
- g) Proponer ante el Consejo Directivo, el nombramiento o remoción del Gerente Adjunto de Regulación Tarifaria.
- h) Proponer al Consejo Directivo la contratación de asesores externos para la presidencia, en las materias que considere conveniente.
- i) Designar al personal de asesores de la alta dirección y al jefe de la Oficina de Comunicaciones.
- j) Designar a los ejecutores coactivos de OSINERG, de conformidad con la legislación vigente sobre la materia.
- k) Otorgar los poderes especiales que considere necesarios, dentro de los límites que establezca el Consejo Directivo, dando cuenta de los que otorgue.
- l) Aprobar y supervisar la política y las actividades sobre imagen, transparencia, atención e información
- m) Aprobar el Plan de Gestión Institucional y la política de administración, personal, finanzas, imagen y relaciones internacionales en concordancia con las políticas generales que establezca el Consejo Directivo.
- n) Aprobar el plan operativo anual de la institución.
- o) Aprobar el plan anual de adquisiciones y contrataciones de OSINERG.
- p) Resolver los recursos de apelación que se interpongan contra actos emanados de los comités especiales designados para los procesos de adquisiciones y contrataciones.
- q) Aprobar las exoneraciones de los procesos de selección con sujeción a lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y normas complementarias.
- r) Ejercer las funciones de Titular del Pliego Presupuestario de OSINERG, señaladas en las normas de la materia.

s) Ejercer las demás funciones que le delegue o le encargue el Consejo Directivo.

#### **10.2.14. Acta de sesiones.**

De las sesiones del Consejo Directivo se extiende un acta, que será suscrita por los participantes quienes, de considerarlo conveniente, dejan constancia del sentido de su voto. Las actas deben expresar la fecha de la reunión, el nombre de los concurrentes, los asuntos tratados, el número de votos emitidos en cada caso, las resoluciones adoptadas, los acuerdos tomados y las constancias que quieran dejar los miembros del Consejo Directivo. Cualquier miembro del Consejo Directivo tiene derecho a que se le proporcione copia de las actas de las sesiones autenticadas por el Secretario del Consejo Directivo (artículo 58).

#### **10.2.15. Conflicto de intereses.**

El miembro del Consejo Directivo que, en un determinado asunto, tenga interés en conflicto con la materia de la sesión, debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución. Los demás miembros del Consejo Directivo pueden solicitar la abstención de quien tenga interés en conflicto con la materia de la sesión. De no producirse la abstención, se resuelve por votación (artículo 59).

#### **10.2.16. Desempeño del cargo.**

El artículo 60 señala que los miembros del Consejo Directivo desempeñarán el cargo con diligencia, autonomía y plena independencia de criterio.

#### **10.2.17. Vacancia.**

Un miembro del Consejo Directivo puede cesar, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 61, por las siguientes causas:

- a) Por fallecimiento.
- b) Por incapacidad permanente.
- c) Por renuncia aceptada.
- d) Por impedimento legal sobrevenido a la designación.
- e) Inasistencia injustificada a dos sesiones consecutivas salvo licencia autorizada.
- f) Por remoción en caso de falta grave.



## **TERCERA PARTE**



## **CAPÍTULO 5**

---

### **OTROS TIPOS DE ORGANISMOS REGULADORES**

## 1. Breve consideración de otros reguladores en la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada de los Servicios públicos.

Aunque no existe una idea de lo que significan en el ordenamiento peruano las Autoridades Administrativas Independientes (en adelante AAI), he considerado exportar esta figura y hacer una esquematización y comparación respecto a los OR peruanos que no serían considerados como CRI y por extensión como un organismo regulador. Me refiero a Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) y Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN). Esta clase de entes u organismos públicos especializados y descentralizados con “potestades reguladoras” en Perú podrían ser comparables con las AAI españolas.

Una categorización comparable son las que establecía en su momento J.D Dreyfuss, que clasificaba a las AAI francesas en<sup>403</sup>:

- a) Aquellas que aseguran o garantizan la protección de las libertades públicas.
- b) Aquellas que aseguran o garantizan la regulación dentro de los sectores económicos.

Considero que la estructura funcional (diseño) de este tipo “*sui generis*” de reguladores peruanos (SUNASS y SUTRAN) les permitiría participar en el mercado de una forma íntegra pero sujetos de algún modo al Ejecutivo, a pesar de que SUTRAN no esté liberalizado ni en régimen de competencia en el más amplio sentido de la palabra. El concepto de regulación en sentido amplio quizás sea mal entendido por el legislador peruano y se le asigna a todo tipo de órgano con capacidad de regular o velar por un sector

---

403 DREYFUS, J.D. (2006, 9).

que quiera controlar o dirigir, dándole independencia y credibilidad. Y para mayores efectos, debiéramos entender la regulación como una función administrativa de intervención de la actividad económica privada.

## **2. Organismos Reguladores a modo de Autoridad Administrativa Independiente.**

En las líneas anteriores se ha mencionado la clasificación francesa establecida por J.D Dreyfuss quien expresa que existen organismos públicos descentralizados que tutelan libertades públicas y otros entes que regulan una actividad económica. Evidentemente los reguladores peruanos (SUNASS, SUTRAN) son más bien, por defecto de las CRI peruanas, Autoridades Administrativas Independientes creadas en base a transparencia y ejercicio independiente pero no sustraídos del todo de la dirección gubernativa que debe impregnar el sector “liberalizado” en el cual se encarga, toda vez que en el fondo realizan funciones que las hacía una dirección especializada del Ministerio al cual se adscriben. Cito por ejemplo algunas de las funciones que realizan cada una de las mencionadas a efectos de demostrar lo que afirmo.

### **2.1. Para el caso de SUNASS.**

Según las funciones que están contenidas en su artículo 9 de la Ley N° 26284, Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, de 10 de enero de 1994, corresponde a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento: “[...] garantizar a los usuarios la prestación de los servicios de saneamiento en las mejores condiciones de calidad, contribuyendo a la salud de la población y a la preservación del ambiente” (artículo 3). Para lo cual debe ejercer las funciones establecidas en el artículo 9 de la presente ley:

“a) Proponer al Titular del Sector las políticas y normas relativas a la prestación de los servicios de saneamiento.

- b) Dictar las disposiciones complementarias que se requieran referentes al sistema tarifario y a la prestación de los servicios de saneamiento.
- c) Absolver consultas sobre los alcances de las normas que rigen la prestación de los servicios de saneamiento.
- d) Emitir la normatividad que regule la celebración de los contratos de explotación de los servicios de saneamiento para los casos de participación del sector privado.
- e) Fiscalizar el cumplimiento de las normas establecidas para la provisión de los servicios de saneamiento.
- f) Fiscalizar la correcta aplicación de las normas tarifarias.
- g) Sancionar en la forma que esta Ley y su Reglamento determine, las infracciones que en la prestación de los servicios de saneamiento, incurran las Entidades Prestadoras.
- h) Establecer y mantener actualizado el registro de las Entidades Prestadoras.
- i) Establecer el registro de las firmas consultoras y de auditoria, de profesionales y de técnicos especializados llamados en adelante "Auditores Técnicos", que en representación de la Superintendencia puedan a criterio de la misma realizar inspecciones y/o estudios en las Entidades Prestadoras.
- j) Evaluar el desempeño de las Entidades Prestadoras de los servicios de saneamiento.
- k) Promover el desarrollo de las Entidades Prestadoras propiciando acciones de capacitación, desarrollo tecnológico y asistencia técnica.
- l) Establecer y mantener actualizado un sistema de información que permita conocer la situación de los servicios de saneamiento en el país.
- m) Resolver en última instancia, los conflictos que en la prestación de los servicios de saneamiento, puedan surgir entre las Entidades Prestadoras, los Gobiernos Locales y los usuarios.
- n) Las demás atribuciones que sean compatibles con los fines de la Superintendencia”.

Adicionalmente a lo manifestado, debe tenerse en cuenta el artículo 9 de la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, de 22 de julio de 1994, las siguientes funciones:

- a) Coordinar con los municipios los planes maestros que deban ejecutar las entidades prestadoras, dentro del ámbito de su jurisdicción a efectos de verificar si se han formulado de acuerdo a las normas emitidas por la Superintendencia.
- b) Proponer la normativa necesaria para proteger los recursos hídricos contra la posible contaminación generada por las entidades prestadoras y velar por su cumplimiento.

## **2.2. Para el caso de SUTRAN.**

### **2.2.1. Función normativa.**

Establecida en su Ley N° 29380, de 16 de junio de 2009, de creación de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías<sup>404</sup> (apartado 1 del artículo 4) que habilita a éste a dictar disposiciones normativas en el ámbito y materia de su competencia.

### **2.2.2. Función de supervisión.**

Función de supervisión a la que debemos añadir las de fiscalización, control y sanción, establecidas en el apartado 2 del artículo 4 con 14 subfunciones entre las que destacan:

- Supervisar la circulación de vehículos en la red vial bajo su competencia, velando por el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de tránsito terrestre.

---

404 Ley N° 29380, ley de creación de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías, de 16 de junio de 2009, publicado en el Diario Oficial El Peruano, p. 397625. Se puede consultar el texto íntegro en: <http://www.aspec.org.pe/documentos/legal/SUTRAN.pdf> (última visita: 20/6/2013).

- Administrar el régimen de imposición de papeletas por infracciones de tránsito detectadas en la red vial bajo su competencia.
- Controlar y fiscalizar la ubicación de los avisos publicitarios en la red vial de su ámbito de competencia.

Considero importante señalar que tanto SUNASS y SUTRAN, de una manera u otra, ejercen una justicia administrativa en el ámbito de su competencia, así como que cumplen con las funciones para las que fueron creadas y conforme a ley de creación que las impregna, lo que implica el ejercicio de una potestad de decisión en sus actos. Soy consciente de que la noción de Autoridades Administrativas Independientes suscita dudas y confusiones, y que su aparición no ha sido positivizada por ley alguna ni en Francia, Italia, España<sup>405</sup>, sino que se han dado por su uso generalizado.

### **3. Clasificación de estos tipos de OR.**

Una de las características que más llama la atención al estudiar este tipo de organismos y entes es la profusa y dispersa normativa que las rodea, así como la falta de exposición de motivos en las referidas leyes de creación, y conexas, de los reguladores peruanos en general incluyendo las CRI.

En el Perú se ha legislado de forma que todo lo que tenga que ver con regular un sector sea plausible de contar con un órgano técnico especializado que no sólo supervise las actividades que se desarrollen en el sector, sino que además a este tipo de entes se les denomina genéricamente regulador, quedando configurado por lo tanto como si fuera un verdadero OR.

Es posible que estos organismos vinculados al sector liberalizado no hayan estado en el imaginario colectivo del jurista de la época sino más

---

405 En el caso español, el tratamiento legal de las AAI está garantizado, toda vez que en octubre de 2016 entrará en vigor la Ley 40/2015 de Régimen jurídico del sector público, que sí regula las AAI.



bien en la importación del “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” apoyado por un grupo de tecnócratas de tendencia neoliberal, de ahí quizás su explicación.

El desarrollo normativo de su régimen jurídico ha tenido por finalidad propiciar el desarrollo y explotación de todo tipo de infraestructura de su propiedad, a través de medidas promocionales; tal es el caso de la infraestructura nacional de los servicios de transporte. Al privatizar o concesionar, tendría una repercusión inmediata en la supervisión del transporte de uso público en un marco de libre competencia<sup>406</sup>.

### **3.1. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)<sup>407</sup>.**

Ya con anterioridad he narrado el marco legal que dio a OSITRAN el Gobierno de Fujimori a mediados y fines de los noventa en el ordenamiento peruano, pues este organismo cuasi autónomo estuvo previsto en medio de la política de privatización y concesiones de infraestructura, que en cierta medida, sigue siendo un monopolio público<sup>408</sup> y que el resto de los

---

406 En tal sentido, el artículo 1 de la Ley N° 26917, ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, de 23 de enero de 1998, propugna la eliminación de todo tipo de exigencia o formalidad que constituya una barrera de acceso al mercado de servicios de transporte, “[...]para lo cual se aplicarán los principios y pautas contenidos en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”. Ver artículos 2 al 16 del capítulo II de la ley en mención.

407 Datos adicionales se pueden consultar en: <http://www.ositran.gob.pe/0/home.aspx> (última visita: 8/4/2013).

408 Desde el 2013 a 2016 son 31 las concesiones que supervisa OSITRAN [16 carreteras, 7 puertos, 4 concesiones aeroportuarias (que agrupan a 19 aeropuertos), 2 vías férreas y las Líneas 1 y 2 del Metro de Lima y Callao], creciendo más de 20%. Por ejemplo el pasado 2015, Las concesiones en las que se “identificó mayor reconocimiento de inversiones fueron: la concesión de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao, donde se ejecutaron US\$ 235.9 millones, el Terminal Muelle Norte con US\$ 125.6 millones y el Terminal Portuario de Matarani con US\$ 84.5 millones”.

Pasando de US\$ 13,785 millones en el 2014 a US\$ 14,439 millones en el 2015. Los contratos tiene una duración que van desde los 30 años a 15 años. Ver cuadro de concesiones de infraestructura de transporte administradas por OSITRAN, pp.5-6 del D.S. N° 114-2013-PCM, que modifica el Reglamento General de OSITRAN (REGO). <http://www.munizlaw.com/Normas/2013/octubre/18-10-13/181013.PDF> (última visita: 10/1/2016).

gobiernos democráticos sucesivos han venido haciendo los esfuerzos necesarios para impulsarlo hasta nuestros días<sup>409</sup>.

La creación de un ente u Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante OSITRAN) obedece a la necesidad de regulación de los mercados concesionados de infraestructura, así como para dar cumplimiento contractual de los mismos en los que actúan las Entidades Prestadoras de tal servicio<sup>410</sup>.

La Ley N° 26917, de 23 de enero de 1998, crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante OSITRAN), que en su artículo 2 lo define como: “[...]Organismo Público Descentralizado adscrito al sector transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, con personalidad jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera”<sup>411</sup>.

A OSITRAN también se le atribuye la cautela imparcial y objetiva de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, donde se encontraba anteriormente adscrito, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura de

---

Para revisar cada uno de los contratos de concesión en Aeropuertos, Ferrocarriles, Puertos, carreteras, se puede acceder al siguiente enlace: [http://www.ositran.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR\\_ListarArchivos.aspx?GRU=18&CLA=23&ELE=119](http://www.ositran.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?GRU=18&CLA=23&ELE=119) (última visita: 1/5/2016).

Ver: <http://gestion.pe/economia/ositran-inversion-infraestructura-transporte-concesionada-superaria-us-800-millones-este-ano-2151143> (última visita: 10/2/2016).

409 En los últimos periodos gubernamentales, desde Alberto Fujimori (1990-2000), se suscribieron 5 contratos de concesión, que en total ascendían a la suma de UD\$ 1,073 millones. En el periodo del ex presidente Alejandro Toledo (2001-2006), se firmaron 7 contratos de concesión con una inversión alrededor de UD\$. 3,165 millones. Finalmente en el periodo del ex-mandatario Alan García (2006-2011), se firmaron 15 contratos de concesión por un valor de UD\$ 2,583 millones. AAVV (2013,12) ver libro completo: [http://www.esan.edu.pe/publicaciones/2013/12/02/renegociacion\\_contratos\\_de\\_concesi%C3%B3n\\_infraestructura\\_transporte.pdf](http://www.esan.edu.pe/publicaciones/2013/12/02/renegociacion_contratos_de_concesi%C3%B3n_infraestructura_transporte.pdf) (última visita: 1/5/2014).

410 En la actualidad cuenta con veintisiete contratos supervisados. De las cuales se desprenden: 13 concesiones de carreteras, 3 puertos, 2 vías férreas y 2 aeropuertos.

411 Para examinar la Ley de creación de OSITRAN, se puede acceder en: [http://www.ositran.gob.pe/images/LEYES%20Y%20DECRETOS/4\\_LEY%20CREACION%20OSITRAN%20-%20LEY%2026917.pdf](http://www.ositran.gob.pe/images/LEYES%20Y%20DECRETOS/4_LEY%20CREACION%20OSITRAN%20-%20LEY%2026917.pdf) (última visita: 8/4/13).

transporte de uso público bajo su ámbito, así como para velar por los intereses del Estado, de los inversionistas y de sus usuarios. OSITRAN actualmente se encuentra adscrito a la PCM.

“[E]l OSITRAN tiene duración indefinida y su sede central se encuentra ubicada en la ciudad de Lima. Puede establecer órganos desconcentrados en cualquier lugar del país. Asimismo, el OSITRAN puede desconcentrar sus atribuciones mediante convenios de delegación suscritos con entidades públicas o privadas nacionales, organismos reguladores u otras entidades del Estado, según corresponda” (artículo 7 del ROF de 2015).

### **3.1.1. Regulación normativa.**

La regulación normativa específica de OSITRAN se ve reflejada de modo inicial, en el artículo 2 de la Ley N° 26917, de 23 de enero de 1998, de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo<sup>412</sup>.

Posteriormente, con la expedición de la LMOR, se reordena la actuación del regulador y lo adscribe a la PCM. A ello se suma la expedición de un cuerpo normativo de corte estatutario que evoluciona con el tiempo desde la expedición del Reglamento General de OSITRAN – (REGO), aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM, de 27 de julio de 2006, y sus modificatorias del REGO - aprobado por D.S. N° 057-2006-PCM, de 6 de setiembre de 2006, hasta su última modificatoria - aprobado por D.S. N° 114-2013-PCM, 18 de octubre de 2013<sup>413</sup> que consolida este importante cuerpo de normas administrativas.

---

412 Este Organismo Regulador se crea como una necesidad de regular a posteriori el gran proceso de concesiones y privatizaciones que vive el Estado peruano en la década de los noventa, como parte de ese nuevo rol del Estado en la economía al cual hice mención al inicio del presente trabajo.

413 Ver el Reglamento en el presente enlace: [http://www.ositran.gob.pe/images/documents/organizacion/ROF/DS006-2016-PCM\\_\\_MODIFICA\\_ROF\\_OSITRAN\\_23-01-16.pdf](http://www.ositran.gob.pe/images/documents/organizacion/ROF/DS006-2016-PCM__MODIFICA_ROF_OSITRAN_23-01-16.pdf) . (última visita: 15/3/2016).

Mientras que su Reglamento de Organización y Funciones (ROF) se recoge en el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM que aprueba el ROF del OSITRAN, 28 de febrero de 2015 y anexo. Así como su modificación en el Decreto Supremo N° 006-2016-PCM - modificación del ROF de OSITRAN, 23 de enero de 2016.

Cabe mencionar que la connivencia entre estos dos cuerpos normativos de índole administrativo (REGO y ROF) tiene como finalidad precisar para el primero las funciones generales, mientras para el segundo las funciones administrativas de los órganos que componen OSITRAN.

Además de las normas mencionadas, que permiten en buen funcionamiento de OSITRAN, también requiere de las siguientes normas complementarias:

- Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas.
- Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional.
- Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas.
- Título I del Decreto Legislativo N° 807, Facultades, Normas y Organización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Ley N° 29754, Ley que dispone que el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de los Servicios de Transporte de Uso Público (OSITRAN) sea Entidad Competente para Ejercer la Supervisión de los Servicios Públicos de Transporte Ferroviario de Pasajeros en las Vías Concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.
- Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2002-PCM.

### **3.1.2. Naturaleza jurídica.**

En un principio, su ley de creación ha señalado que OSITRAN fue un OPD adscrito al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, con personalidad jurídica de derecho público interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera; en concordancia con la Ley N° 27332, Marco de los Organismos reguladores de la inversión privada de los servicios públicos, de 20 de julio de 2000, quien también le da ese mismo nomem iuris de “Organismo regulador”. A partir de esta ley se adscribe a la PCM<sup>414</sup>.

Finalmente el artículo 3 del REGO, concordante con el artículo 1 del ROF en la misma línea que la LMOR, lo ha precisado como un OR, adscrito a la PCM. Con personalidad jurídica de derecho público interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Su estructura orgánica se sujeta a lo dispuesto en el artículo 5 del ROF aprobado por el D.S. N° 012-2015-PCM, de 28 de febrero de 2015 y su modificatoria en el D.S N° 006-2016, de 26 de enero de 2016.

De modo formal, y de acuerdo al criterio que sigue la doctrina española (para las AAI y en especial para las CRI), OSITRAN a mi modo

---

414 Ver el artículo 2, de la LMOR, referido a la naturaleza de OSITRAN, como: “un organismo regulador” adscrito a PCM, cuenta con personalidad jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera; que ejerce funciones y competencias y facultades contempladas en el Reglamento en el D.S. N° 012-2015-PCM. Ver <http://www.ositran.gob.pe/images/documents/organizacion/ROF/ANEXO%20D.S.%20012-2015-PCM.pdf> y también sus modificatoria en el D.S. N° 006-2016, de 23 de enero de 2016. Ver [http://www.ositran.gob.pe/images/documents/organizacion/ROF/DS006-2016-PCM\\_\\_MODIFICA\\_ROF\\_OSITRAN\\_23-01-16.pdf](http://www.ositran.gob.pe/images/documents/organizacion/ROF/DS006-2016-PCM__MODIFICA_ROF_OSITRAN_23-01-16.pdf) (última visita: 15/3/2016).

de ver no es una CRI en el sentido amplio de la palabra; puesto que no regula un sector de red, el cual solo está impulsado para las telecomunicaciones y la energía; tampoco goza de la autonomía que divulga, pues las orientaciones políticas en el sector son de responsabilidad del Presidente del Consejo de Ministros, ni tampoco goza de la independencia absoluta como tal, sino que el legislador peruano en la actualidad se viene esforzando con este Ente para que sea un verdadero “Organismo Regulador”.

La LMOR, en su artículo 1 de la norma citada, sustenta que su presencia debe cumplir un papel en la sociedad que transmita fiabilidad y confianza entre los inversores en infraestructuras, y entre los usuarios del servicio que accedan a las mencionadas infraestructuras. De este modo el rol sería velar por el interés general en el sector en que se desenvuelve.

### **3.1.3. Funciones generales (REGO) de OSITRAN<sup>415</sup>.**

La dispersa y copiosa legislación de OSITRAN ha tratado en todo momento de armonizar la ley de creación con el resto de instrumentos legales del sector de infraestructura; entiendo que existe un progresivo fortalecimiento legal y funcional de este regulador. Nótese que el artículo 7 de la Ley N° 26917, ley de creación, guarda concordancia con la LMOR, así como su actual Reglamento de Organización y Funciones, desarrollado en el D.S. N° 012-2015-PCM y modificatoria en el D.S. N° 006-2016-PCM, en adelante ROF de OSITRAN, estableciendo como funciones generales, las siguientes<sup>416</sup>:

---

415 Estas funciones de manera genérica también están expresadas en el artículo 3 de la Ley N° 23733, de 27 de julio de 2000, Ley Marco de los Organismos Reguladores (LMOR) y desarrollada en su momento por el Reglamento General (REGO), D.S. N° 044-2004-PCM, modificadas y ampliadas en el D.S N° 057-2006-PCM y D.S. N° 114-2013. En concordancia con el D.S N° 006-2016, Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, de 23 de enero de 2016, publicado en el Diario Oficial El Peruano.

416 Artículo 7 apartado 7.1 de su ley de creación, prescribe las principales funciones de OSITRAN, que son las siguientes:

- 
- a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.
- b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:
- i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.
  - ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.
  - iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.
- c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.
- d) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.
- e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
- g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia.
- h) En casos excepcionales en los cuales exista suspensión de la concesión, terminación de contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio, OSITRAN podrá contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión. Los contratos temporales no tendrán, en ningún caso, duración superior a un año calendario.
- i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los Reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión.
- j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera.
- k) Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas de los contratos de concesión.
- l) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de éstos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieren surgir entre el Estado y los concesionarios. La vía arbitral es obligatoria para la solución de controversias entre Entidades Prestadoras.
- m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.
- n) Expedir las Directivas procesales para atender y resolver reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites.
- o) Llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.
- p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.

En su apartado 7.2 establece que para el adecuado cumplimiento de sus funciones OSITRAN podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas

### **3.1.3.1. Función normativa (artículo 11 del REGO).**

La función normativa de OSITRAN está relacionada con la emisión de resoluciones, directivas y lineamientos que rigen su actuación en temas de acceso, tarifas, supervisión, procedimientos de reclamos y sanciones.

### **3.1.3.2. Función de regulación (artículo 16 del REGO).**

La función reguladora de OSITRAN corresponde al acceso y fijación de tarifas de las entidades prestadoras que brindan servicios relacionados con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, cuyas características corresponden a un mercado monopólico.

### **3.1.3.3. Función supervisora (artículo 21 del REGO).**

Es la que está referida a la verificación, por parte de OSITRAN, del cumplimiento de los contratos de concesión; así como a la verificación de la aplicación de normas y el sistema tarifario de las entidades prestadoras en general, aplicando las sanciones que correspondan.

### **3.1.3.4. Solución de controversias (artículo 37 del REGO).**

La función de solución de controversias, fiel a su objetivo, busca resolver los conflictos que se presenten entre entidades prestadoras o entre éstas y sus usuarios (letra “c” del artículo 5 de la referida Ley) <sup>417</sup>. El artículo 13 de la Ley N° 26917, ley de supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo, de 23 de enero de 1998, establece la

---

417 Entre los objetivos que esta ley plantea a OSITRAN se encuentra el de resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras. Lo resuelto es de cumplimiento obligatorio y precedente vinculante en materia administrativa. Pero aquí tampoco se establece al respecto cual será la primera instancia.



existencia de un Tribunal encargado de resolver las controversias como última instancia administrativa<sup>418</sup>.

#### **3.1.4. Funcionamiento del Consejo Directivo del OSITRAN (ROF).**

El funcionamiento del Consejo Directivo del OSITRAN recae en la aplicación del artículo 7 del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM que aprueba el ROF del OSITRAN, de 28 de febrero de 2015, su anexo y su modificatoria<sup>419</sup> (D.S. N° 006-2016-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN (ROF), de 23 de enero de 2016).

El Consejo Directivo elige entre sus miembros a su Vicepresidente.

#### **3.1.5. Del Consejo Directivo.**

El artículo 6 del vigente ROF de 2015, en concordancia con la ley de creación de OSITRAN, señala que el Consejo Directivo: “(...) es el órgano máximo de dirección del OSITRAN. Se encuentra integrado por (5) miembros, cuya designación y funcionamiento se rige de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 26917, la Ley N° 27332, la Ley N° 27594, la Ley N° 29158 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias. El Presidente del Consejo Directivo ejerce las funciones de Presidente Ejecutivo del OSITRAN”.

---

418 El artículo 13, señala que: “OSITRAN cuenta con un Tribunal encargado de resolver las controversias como última instancia administrativa y que lo resuelto por este órgano, es de obligatorio cumplimiento, constituyendo un precedente vinculante en materia administrativa”. Según la norma, el Tribunal está conformado por cuatro miembros, nombrados por Resolución Suprema, siguiendo el siguiente procedimiento:

- a) El Presidente, designado por el Consejo de Ministros de una terna propuesta por el entonces Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
- b) Un miembro designado por la Presidencia del Consejo de Ministros.
- c) Un miembro designado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
- d) Un miembro designado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

419 Ver: [http://www.ositran.gob.pe/images/documents/organizacion/ROF/DS006-2016-PCM\\_MODIFICA\\_ROF\\_OSITRAN\\_23-01-16.pdf](http://www.ositran.gob.pe/images/documents/organizacion/ROF/DS006-2016-PCM_MODIFICA_ROF_OSITRAN_23-01-16.pdf) (última visita: 15/3/2016). Modificando en parte el Reglamento de organización de funciones (ROF) de 2015.

**3.1.5.1. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo (artículo 8 Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).**

El período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo se computa desde el día siguiente al día de vencimiento del período de designación del anterior miembro, salvo lo dispuesto en el artículo 6 del D.S. N° 042-2005-PCM, relativo a la designación de miembro de Consejo Directivo para completar el período restante<sup>420</sup>.

**3.1.5.2. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los Organismos Reguladores.**

El Presidente del Consejo de Ministros informará, dentro de los diez (10) días hábiles, a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión” (artículo 2 de la Ley N° 28337, ley que modifica diversos artículos de la LMOR, de 13 de agosto de 2004).

**3.1.5.3. Cambio de titular del sector (artículo 4 Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).**

“[E]l cambio de los titulares de los sectores señalados en el apartado 6.2 del artículo 6 (Ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada) de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos no genera la obligación de formular renuncia al cargo, por parte de los miembros del Consejo Directivo.

---

420 Cuando un miembro del Consejo Directivo vaca en sus funciones antes de la culminación de su período de designación, el reemplazante será designado sólo para completar dicho período; sin perjuicio que pueda ser designado por un período adicional, conforme al artículo 6.5 de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Cuando se trate del representante de la sociedad civil y el tiempo restante para completar el período correspondiente no exceda de seis (6) meses, no será necesario proceder a concurso, pudiendo designarse directamente al miembro del Consejo Directivo, siempre y cuando cumpla con los requisitos a que se refiere el artículo 7 de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Cuando se trate del representante de la sociedad civil y el tiempo restante para completar el período correspondiente no exceda de seis (6) meses, no será necesario proceder a concurso, pudiendo designarse directamente al miembro del Consejo Directivo, siempre y cuando cumpla con los requisitos a que se refiere el Artículo 7 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”.

#### **3.1.5.4. Sesión.**

El Consejo Directivo celebra sus sesiones ordinariamente dos veces al mes y extraordinariamente cuando lo determine su Presidente o la mayoría de sus miembros. El Consejo Directivo elige de entre sus miembros a su Vicepresidente.

#### **3.1.5.5. Quórum.**

El quórum de asistencia a las sesiones es de tres (3) miembros, siendo necesaria la asistencia del Presidente o del Vicepresidente para celebrar válidamente la sesión. Los acuerdos se adoptan por mayoría de los miembros asistentes. El Presidente tiene voto dirimente.

El miembro del Consejo Directivo que tenga conflicto de intereses, de forma directa o indirecta, en un determinado asunto de la sesión debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444.

#### **3.1.6. Funciones del Consejo Directivo.**

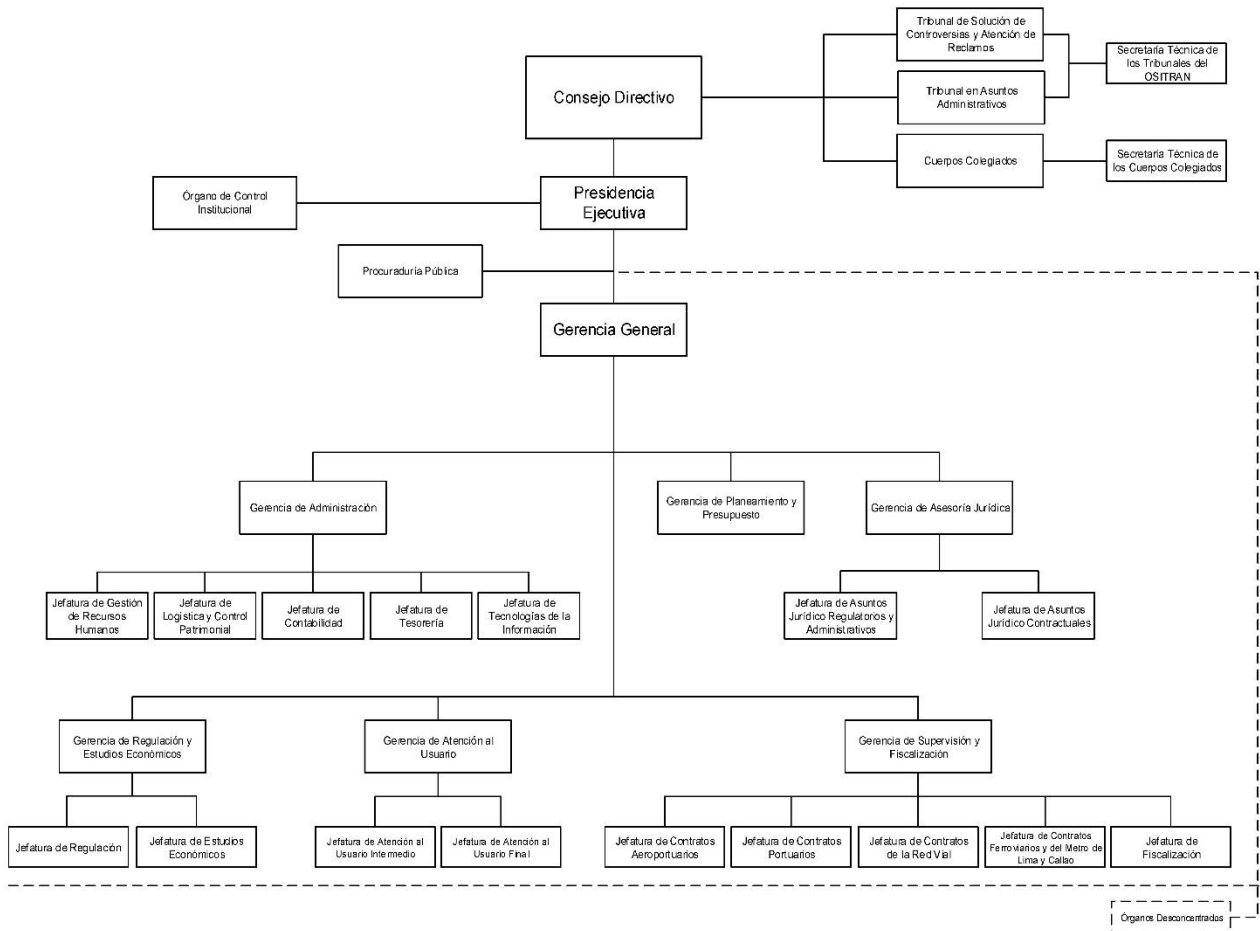
Las funciones del Consejo Directivo son (artículo 7 del ROF de 2015):

- Aprobar la política general del OSITRAN;

- Ejercer la función normativa y reguladora respecto de la Infraestructura de Transporte de Uso Público de competencia del OSITRAN;
- Proponer los Proyectos de normas de carácter general que requieran aprobación de mayor nivel;
- Aprobar el Plan Estratégico Institucional, el Plan Operativo Institucional, el Presupuesto Institucional de Apertura, el Balance General y los Estados Financieros auditados, así como el Informe de Rendición de Cuentas a ser remitido a la Contraloría General de la República, pudiendo delegar las mismas en los supuestos que la normativa de la materia lo permita;
- Aprobar la Política de Capacitación del OSITRAN;
- Aprobar la Memoria Anual del OSITRAN;
- Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao;
- Emitir mandatos de acceso conforme a la normativa del OSITRAN en la materia;
- Aprobar la opinión técnica previa a la celebración de contratos de concesión, su renovación, modificación del plazo de la concesión, renegociación o revisión; así como declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia;
- Declarar la suspensión o caducidad de una concesión por causales atribuidas a la entidad prestadora, cuando el Concesionario incurra en algunas de las causales previstas en la normativa o Contrato de Concesión respectivo;
- Resolver en única y última instancia administrativa, en caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación de los Contratos de Concesión o aplicación de una disposición normativa o regulatoria en un caso

particular, conforme a lo señalado en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias;

- Resolver las solicitudes de información confidencial referidas a secreto comercial o industrial, conforme a la normativa de la materia;
- Aprobar las propuestas de Reglamento de Organización y Funciones, el Cuadro para Asignación de Personal o el Cuadro de Puestos de la Entidad, el Texto Único de Procedimientos Administrativos, la Escala Remunerativa del OSITRAN, de acuerdo con la normativa de la materia;
- Aprobar el Manual de Organización y Funciones o el Manual de Perfiles de Puestos, según corresponda;
- Aprobar los lineamientos para la celebración de convenios, contratos y otras gestiones de carácter interinstitucional que se requiera para el cumplimiento de los fines del OSITRAN;
- Determinar la conformación del Tribunal en Asuntos Administrativos y de otros órganos resolutive por crearse en caso corresponda, así como designar a sus integrantes, a propuesta de la Presidencia Ejecutiva;
- Determinar la conformación de los Cuerpos Colegiados, así como designar a sus integrantes, a propuesta de la Presidencia Ejecutiva;
- Determinar la conformación de los Consejos de Usuarios de alcance nacional y regional, así como designar a los integrantes de los Comités Electorales para la conducción y desarrollo del proceso de elección de dichos Consejos;
- Aceptar donaciones, legados y transferencias de bienes a favor del OSITRAN, así como aprobar los actos de disposición patrimonial y otros que correspondan, conforme a la normativa de la materia;
- Expedir normas de carácter general, así como pronunciamientos y acuerdos de carácter general o particular, según corresponda;
- Ejercer cualquier otra función que se derive de sus fines y las demás que expresamente le confiera la ley.



**Gráfico N° 6: Organigrama funcional de OSITRAN.**

**Elaboración: OSITRAN**

**Fuente: OSITRAN**

### **3.1.7. De la Presidencia Ejecutiva**

El artículo 8 del vigente ROF de 2015 establece que el Presidente es la máxima autoridad ejecutiva y titular del OSITRAN. Ejerce funciones de dirección y de representación ante las entidades públicas y privadas, sean nacionales, extranjeras o internacionales; delegando la representación legal de la institución en el Gerente General, salvo las materias que resulten indelegables conforme con la normativa aplicable.

En caso de impedimento temporal, el Vicepresidente del Consejo Directivo ejerce sus funciones durante el período que dure el referido impedimento.

La Presidencia Ejecutiva, en el marco de los fines institucionales, conduce las estrategias de comunicación, proyección de la imagen y reputación institucional, así como las relaciones públicas en el ámbito nacional, extranjero o internacional del OSITRAN; para lo cual cuenta con una oficina de comunicación corporativa.

### **3.1.8. Funciones de la Presidencia Ejecutiva.**

La Presidencia tiene las siguientes funciones (artículo 9 de ROF de 2015):

- Dirigir la política institucional del OSITRAN y evaluar su cumplimiento.
- Ejercer la competencia y facultades atribuidas al Titular de la Entidad en la normativa de Presupuesto Público, de Contrataciones del Estado y otras según corresponda, pudiendo delegar las mismas conforme con la normativa de la materia.
- Aprobar políticas y planes de administración, de recursos humanos, finanzas, así como de estrategias comunicacionales y de relaciones institucionales, a propuesta de la Gerencia General, en concordancia con la normativa de la materia, según corresponda.

- Presentar ante el Consejo Directivo, para su aprobación, la Memoria Anual del OSITRAN, a propuesta de la Gerencia General.

- Mantener relaciones de coordinación con las Instituciones y organismos que correspondan sobre los aspectos referidos al proceso de nuevas concesiones relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público de competencia del OSITRAN, incluida la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao, y otras que se le asigne.

- Aprobar normas, directivas, manuales y otros documentos de carácter institucional que se requiera para el cumplimiento de los fines del OSITRAN, pudiendo delegar la misma según corresponda.

- Emitir actos, resoluciones y otros pronunciamientos sobre los asuntos de su competencia.

- Celebrar actos, convenios y contratos con entidades públicas y privadas, nacionales o extranjeras, en este último caso, coordinando con los sectores competentes de conformidad con la normativa de la materia.

- Convocar y presidir las sesiones del Consejo Directivo y determinar los asuntos a ser incorporados en la Agenda, así como supervisar, a través de la Gerencia General, el cumplimiento de sus acuerdos.

- Adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando cuenta sobre dichas medidas en la sesión siguiente del Consejo Directivo.

- Convocar y presidir las sesiones de los Consejos de Usuarios de alcance nacional.

- Designar al Gerente General y empleados de confianza, según corresponda, informando sobre dichas acciones al Consejo Directivo.

- Otras funciones inherentes al ámbito de su competencia y las que sean delegadas por el Consejo Directivo.

### **3.1.9. Incompatibilidades.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 del D.S. N° 044-2006-PCM, publicado el 27 de julio de 2006, es incompatible con el desempeño



de las funciones de miembro del Consejo Directivo, Gerente General, miembro del Tribunal, miembro del Cuerpo Colegiado o Gerente, ejercer el cargo de Presidente de la República, Ministro de Estado, Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, Subcontralor General de la República, Viceministro y Director General de Ministerio, mientras ejerza el cargo y hasta seis meses después de cesar en el mismo por cualquier causa.

Igualmente tienen incompatibilidad para ocupar los cargos mencionados, los titulares de acciones o participaciones mayores del 1% (uno por ciento) de Entidades Prestadoras o vinculadas, directores, representantes legales o apoderados, funcionarios o empleados de empresas del sector de infraestructura de transporte de uso público, que hayan prestado servicios a las mismas dentro del año anterior a su nombramiento.

Tampoco pueden ejercer el cargo quienes hayan sido destituidos de algún cargo público o quienes hayan sido condenados por la comisión de algún delito doloso.

### **3.1.10. Prohibiciones.**

Según lo dispuesto en el artículo 93 del D.S N° 044-2006-PCM, publicado el 27 de julio de 2006, los miembros del Consejo Directivo, y de los demás órganos del OSITRAN, así como sus funcionarios y servidores, cualquiera que fuese su régimen laboral, tienen las siguientes prohibiciones:

“a) Defender o asesorar pública o privadamente causas ante el OSITRAN, o ante cualquier entidad delegada, salvo causa propia o la de su cónyuge o concubino. Esta prohibición subsiste hasta un año después de su alejamiento del cargo para aquellas causas en que hubiesen participado directamente como funcionarios del OSITRAN o de una entidad delegada según fuera el caso.

b) Aceptar de los usuarios o sus abogados o por cuenta de ellos donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en

su favor o en favor de su cónyuge o concubino, ascendiente, descendiente o hermano, por el ejercicio de sus funciones.

c) Admitir o formular recomendaciones en procesos seguidos ante el OSITRAN o cualquier entidad delegada, salvo aquellas que les corresponde efectuar en ejercicio de las competencias de su cargo.

d) Ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, funciones vinculadas a trabajos de las entidades incluidas dentro del ámbito de competencia del OSITRAN, o que éste pudiera haber contratado con terceros. Esta prohibición subsiste hasta un año después de su renuncia, cese, resolución contractual, destitución o despido”.

Además de las prohibiciones especificadas en este artículo, son de aplicación las respectivas normas del Decreto Supremo N° 019-2002-PCM, de 7 de marzo de 2002, que precisan prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores del Estado, especialmente el artículo 3 de la referida norma.

### **3.1.11.El régimen laboral de los funcionarios, servidores, trabajadores y empleados públicos.**

El régimen laboral de los funcionarios, servidores de los OR (para sus remuneraciones), es el de la actividad privada, regulada por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 y sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias.

Mientras que para los trabajadores y empleados es el de contratación Administrativa de Servicios, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias, el cual mantendrá vigencia hasta la aplicación en el OSITRAN del Régimen regulado por la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (artículo 77 del ROF de 2015).

### **3.1.12. Recursos económicos y financieros de OSITRAN.**

De acuerdo con el artículo 78 del ROF de 2015, OSITRAN cuenta con los siguientes recursos:

- a) El aporte por regulación que deberán pagar las empresas bajo su competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 27332<sup>421</sup>;
- b) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título proveniente de personas naturales o jurídicas, nacionales, extranjeras o internacionales;
- c) Las transferencias de Entidades del Sector Público, en caso la normativa de la materia lo autorice;
- d) Las tasas, derechos, multas y penalidades derivadas de relaciones contractuales del OSITRAN con terceros y otros ingresos que le correspondan por ley, en el marco de su competencia; y,
- e) Los otros ingresos financieros que generen sus recursos.

### **3.1.13. Obtención de recursos**

De conformidad con el artículo 79 del vigente del ROF de 2015, “OSITRAN queda autorizado a obtener recursos de los organismos

---

421 Referido al aporte por regulación, establecido en el artículo 10 de la LMOR, señala: “Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito.

Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas”.

nacionales, extranjeros o internacionales de cooperación técnica no reembolsable, con sujeción al marco legal vigente”.

#### **3.1.14. Información Confidencial.**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 90 del D.S. N° 044-2006-PCM, la información recibida por un órgano del OSITRAN que tenga el carácter de secreto deberá ser declarada confidencial. En tal caso, el órgano del OSITRAN tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo su responsabilidad.

Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada confidencial los integrantes del órgano del OSITRAN asignados al procedimiento o acción a cargo del OSITRAN. Los funcionarios que atenten contra la confidencialidad de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo, serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Consejo Directivo.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes será de plena aplicación a las entidades delegadas y a las Empresas Supervisoras.

### **3.2. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)<sup>422</sup>.**

El Gobierno de Fujimori, autodenominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, promulga el Decreto Ley N° 25965, de 7 de noviembre de 1992<sup>423</sup>, que en su artículo 1 crea la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante SUNASS):

“[C]réase la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, como Institución Pública Descentralizada del Ministerio de la Presidencia, con personería de derecho público, con patrimonio propio y autonomía funcional, económica, técnica financiera y administrativa (...)”.

En su momento nace como una “Agencia Ejecutiva” adscrita al Ministerio de la Presidencia; es decir, bajo el control y dirección del primer mandatario de la Nación.

#### **3.2.1. Evolución en el tiempo.**

Su antecedente inmediato radica en la Dirección de Saneamiento creada por D.L. N° 574, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda y Construcción, de 11 de noviembre de 1990. Esta Dirección más adelante pasaría a formar parte de SUNASS, con la creación del

---

422 Datos institucionales y otros se pueden consultar en: <http://www.sunass.gob.pe/> (última visita: 6/6/2015).

423 Cfr. artículo 1, por el cual se crea la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, como Institución Pública Descentralizada del Ministerio de la Presidencia, con personalidad jurídica de derecho público, con patrimonio propio y autonomía funcional, económica, técnica financiera y administrativa para que proponga las normas para la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, rehusó de aguas servidas y limpieza pública, fiscalice la prestación de los mismos, evalúe el desempeño de las entidades que los prestan, promueva el desarrollo de esas entidades, así como aplique las sanciones que establezca la legislación sanitaria y recaude las multas y tasas que esa misma legislación disponga. <http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/dl25965.pdf> (última visita: 6/6/2013).

denominado regulador. Basta ver el artículo 2 del Decreto Ley N° 25965, de 7 de noviembre de 1992:

“[L]a Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento asumirá todas las funciones de la Dirección de Saneamiento Básico creada por el Decreto Legislativo N°. 574 y transferida al Ministerio de la Presidencia mediante Decreto Ley N°. 25738, con la cual la citada Dirección quedará desactivada. Están comprendidas en el ámbito de la Superintendencia todas las personas naturales y las entidades públicas o privadas que brinden servicios de saneamiento”.

Dos años después, el 10 de enero de 1994 se promulga la Ley N° 26284 Ley General de SUNASS, por la cual se reordena y sistematiza el organismo. Y en diciembre de ese mismo año, se expide su Reglamento mediante D.S. N° 024-94 PRES, de 27 de octubre, el mismo que experimentó varias modificaciones en su constante perfeccionamiento. Así el D.S. N° 009-2000-EF, modifica el Reglamento de la Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, de 5 de febrero de 2000, por lo cual se modifica la organización de SUNASS.

Posteriormente mediante el D.S. N° 017-2001-PCM se aprueba el Reglamento General de SUNASS, de 21 de febrero de 2001, creándose los cuerpos colegiados para administrar controversias. Y tres años después se expide el D.S. N° 023-2002-PCM, de 14 de abril, que modifica los artículos 43, 50 y 59 del Reglamento General de SUNASS e incorpora competencia para atender reclamos relacionados a las 50 empresas prestadoras de servicio (en adelante denominadas EPS), creando un Tribunal de Solución de Controversias que, en buena cuenta, administra una justicia administrativa más eficiente en este sector (artículo 62A)<sup>424</sup>.

---

424 Para poder acceder a las 50 EPS Peruanas se puede ingresar en: [http://www.sunass.gob.pe/websunass/images/mapa/directorio\\_eps\\_25mayo2015.pdf](http://www.sunass.gob.pe/websunass/images/mapa/directorio_eps_25mayo2015.pdf) (última vista: 29/6/2010).

### **3.2.2. Configuración actual de SUNASS.**

En la actualidad, la configuración de SUNASS, descansa en su reglamento general, D.S. N° 017-2001, de 21 de febrero de 2001, y modificatoria D.S. N° 023-2002-PCM, de 14 de abril de 2002. Y sobre todo en el artículo 50 de éste último, por la que SUNASS cuenta con los siguientes órganos<sup>425</sup>:

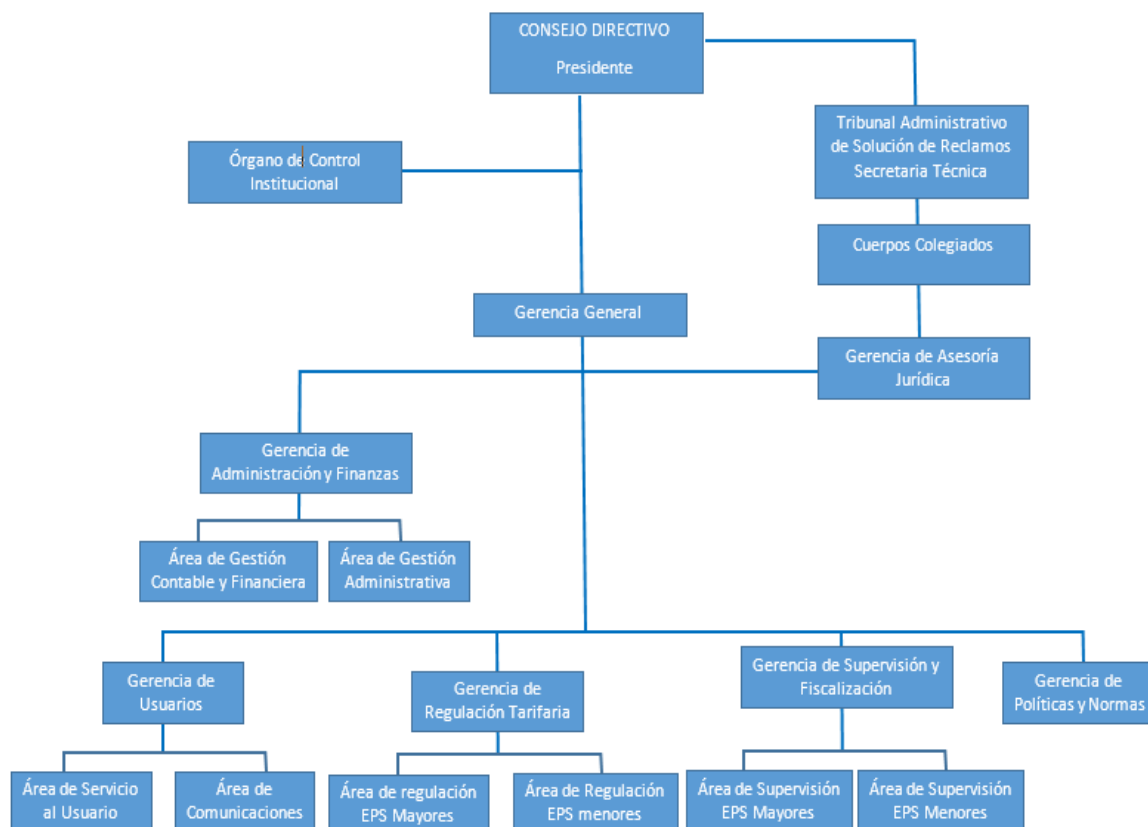
- Consejo Directivo.
- Presidencia.
- Gerencia General
- Tribunal de Solución de Controversias.
- Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de Servicios de Saneamiento -TRASS. Cuerpos Colegiados.
- Los demás órganos que determine el Consejo Directivo.

Su sede institucional se encuentra ubicada en la ciudad de Lima.

---

425 Ver el siguiente enlace:  
[http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/ds023\\_02pcm.pdf](http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/ds023_02pcm.pdf) (última consulta: 29/6/13).

**Gráfico N° 7: Organigrama Funcional SUNASS**



**Elaboración: Propia**

**Fuente: SUNASS**



### **3.2.3. Regulación normativa.**

La LMOR señala a la SUNASS como “un Organismo Público Descentralizado”. Al igual que los Reguladores anteriormente ya abordados, la SUNASS se encuentra adscrita a la PCM, posee personalidad jurídica de derecho público y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera teniendo como función principal el normar, regular, supervisar y fiscalizar la prestación de los servicios de saneamiento, protegiendo de forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

La configuración actual, después de la expedición de la LOPE, y su reglamento general de SUNASS (y modificatoria), ha quedado, a mi juicio, como un Organismo Regulador, bajo la forma de organismo público especializado y descentralizado adscrito a la PCM, que regula, supervisa y fiscaliza el desarrollo del mercado de servicios de agua potable y alcantarillado, así como resuelve los conflictos suscitados entre éstos, actuando imparcialmente, con autonomía y eficiencia, con la finalidad de incentivar la mejora de la calidad de los servicios y su cobertura.

### **3.2.4. Naturaleza jurídica.**

La normativa de SUNASS (Ley de creación, su reglamento general, así como la LMOR) definen su naturaleza jurídica como un Organismo Público Descentralizado, adscrito a la PCM, con personalidad jurídica de derecho público interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Ejerce las funciones, competencias y facultades contempladas en el Reglamento General<sup>426</sup>. No obstante, en la normativa de este regulador existe uniformidad entre la Ley de creación, la LMOR; la diferenciación la pone su Reglamento General (D.S. N° 017-2001-PCM y su

---

426 Ver artículo 1 del D.L. N° 25965, de 19 de diciembre de 1992, en concordancia, con el artículo 13 del D.S. N° 017-2001-PCM, de 20 de febrero de 2001. El contenido del mismo se encuentra en el siguiente enlace: <http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/dl25965.pdf> (última visita: 30/5/2015).

modificatoria D.S. N° 023-2002-PCM) que adiciona acciones o ámbitos amplios que no le confiere sus normas predecesoras.

Por otro lado, la vigente LOPE de 18 de diciembre de 2007, le da una nueva naturaleza jurídica a los “reguladores” en sentido amplio como “Organismos Públicos” sin más o “entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personalidad jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional. Están adscritos a un Ministerio” (artículo 28 de la LOPE)<sup>427</sup>. El apartado 2 de la ley referida lo define dentro de los llamados Organismos Públicos Especializados cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

En sentido estricto, SUNASS estaría encuadrado dentro de los llamados Organismos Públicos Especializados, descentralizados con funciones amplias del sector para el cual han sido creados. A pesar de que la LOPE ha de dotar de un amplio poder a los reguladores, siguen sujetos - en el sentido amplio de la palabra - al Poder Ejecutivo de modo indirecto<sup>428</sup>, condición que debe entenderse en el sentido de que reciben lineamientos de política de Estado en el sector donde operan.

---

427 Esta nueva naturaleza jurídica uniformadora que brinda el Ejecutivo entrará en vigencia en un año, tal como lo establece la sexta Disposición Transitoria: a) A partir de la calificación prevista en la segunda disposición transitoria, las menciones a los OPD contenidas en las normas vigentes, se entenderán referidas a los Organismos Públicos Ejecutores o a los Organismos Públicos Especializados, según corresponda; b) En un plazo no mayor a un (1) año, se adecuarán la organización y funciones de los Organismos Públicos a lo establecido en la presente Ley; y, en el caso que corresponda, se remitirá el proyecto de Ley de adecuación. Por otro lado cobra vital importancia las adecuaciones que se harán al interior de los reguladores incluso en las CRI. Cfr la tercera disposición transitoria - De la Adecuación de las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo que señala: “Una vez calificadas, todas las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo, en un plazo no mayor a un (1) año, adecuarán sus organizaciones y funciones a lo establecido en la presente Ley”.

428 Ver artículo 34, por el cual los OR se sujetan a la supervisión y fiscalización de su sector para verificar el cumplimiento de los objetivos de la entidad, mediante los instrumentos previstos en las normas de la materia. Todo organismo público debe contar con un Plan Estratégico Institucional. En el marco de los procesos de modernización y de descentralización del Estado, la Presidencia del Consejo de Ministros evalúa a los Organismos Públicos Ejecutores a fin de determinar la necesidad de su continuidad. El procedimiento de evaluación se establece por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

### **3.2.5. Funciones de la SUNASS:**

#### **3.2.5.1. Función normativa.**

La SUNASS tiene esta facultad exclusiva de dictar en el ámbito de su competencia, reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las Empresas Prestadoras o actividades bajo su ámbito o de sus usuarios. También tiene la facultad de dictar mandatos u otras disposiciones de carácter particular (artículo 19 del reglamento general).

Dentro de esta facultad tiene la de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por la SUNASS.

#### **3.2.5.2. Función reguladora.**

Comprende la de fijar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito (artículo 24 de su reglamento general). Esta función está atribuida a su Consejo Directivo en el artículo 25 del mismo texto normativo, mientras que el artículo 28 señala en que materias va a regular.

#### **3.2.5.3. Función supervisora.**

La SUNASS verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades, empresas o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier disposición, mandato o resolución emitida por el OR o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o de las actividades supervisadas (artículo 32 del reglamento general).

#### **3.2.5.4. Función fiscalizadora y sancionadora.**

Esta función está atribuida mediante su artículo 35 del reglamento general y se refiere a las sanciones y medidas correctivas que permite imponer a la SUNASS dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión. Además esta resolución puede ejercitarse, de oficio o de parte, estando a cargo de la Gerencia general de la SUNASS en primera instancia y al Consejo Directivo en segunda instancia.

#### **3.2.5.5. Función de solución de controversias y reclamaciones.**

Comprende la facultad de autorizar a los órganos de la SUNASS a resolver en vía administrativa los conflictos, las controversias y reclamaciones que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre Entidades Prestadoras y entre éstas y el usuario (artículo 41 del reglamento general).

El artículo 42 del reglamento general señala la facultad de dirigir el arbitraje como fórmula de solución de controversias.

#### **3.2.5.6. Otras funciones adicionales.**

- Elaboración de estudios técnicos: SUNASS puede realizar informes técnicos de asuntos que le competan o encarguen.

- Requerimiento de información: Por el cual SUNASS solicita a las Empresas prestadoras de servicios de saneamiento, datos e información relativa al sector (artículo 29 del reglamento.). Por esta misma función SUNASS también puede difundir el comportamiento de las Empresas prestadoras de saneamiento (EPS).

- Función de cobro o recaudación: Esta función está referida a las multas que interpongan derivadas de un procedimiento sancionador.

### 3.2.6. Funcionamiento del Consejo Directivo de SUNASS.

Para el funcionamiento de SUNASS, así como su estructura orgánica, subsiste la convivencia entre el D.S. N° 023-2002-PCM, de 14 de abril de 2002<sup>429</sup>, que modifica parcialmente el D.S. N° 017-2001-PCM, de aprobación del Reglamento General de la SUNASS, de 21 de febrero de 2001<sup>430</sup>. El Consejo Directivo se rige por las siguientes reglas:

- a. El cargo de miembro del Consejo Directivo es indelegable.
- b. Las sesiones se efectúan al menos una vez al mes y cuando el Presidente lo convoque o el Consejo Directivo lo acuerde.
- c. El quórum es de 3 miembros. Los acuerdos se adoptan con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes.
- d. El Presidente del Consejo Directivo o quien haga sus veces, tiene voto dirimente.
- e. Los miembros del Consejo Directivo, que en cualquier asunto tengan interés en conflicto, deben manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.
- f. Se llevará un acta de las sesiones del Consejo Directivo que será suscrita por los participantes, los que de considerarlo conveniente pueden dejar constancia del sentido de su voto”.

---

429 Ver la modificación del Reglamento General de SUNASS:

[http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/ds023\\_02pcm.pdf](http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/ds023_02pcm.pdf) ;

430 Ver el Reglamento inicial:

[http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/ds017\\_01pcm.pdf](http://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/sunass/ds017_01pcm.pdf) (última visita: 3/6/2013). Que solo modifica los artículos 43, 50 y 59 del Reglamento General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento –SUNASS, del año 2001.

### **3.2.7. Órganos de la SUNASS**

En mérito a lo establecido en el artículo 50 del D.S. N° 023-2002-PCM, la SUNASS para su funcionamiento cuenta con los siguientes órganos:

- a. Consejo Directivo.
- b. Presidencia.
- c. Gerencia General.
- d. Tribunal de Solución de Controversias.
- e. Cuerpos Colegiados.
- f. Los demás órganos que determine el Consejo Directivo”.

#### **3.2.7.1. Consejo Directivo.**

El Consejo Directivo es el órgano de dirección máximo de la SUNASS. Está integrado por cinco miembros designados de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la ley. El Consejo Directivo elegirá dentro de sus miembros a su Vicepresidente (ver artículo 51 del D.S. N° 017-2001-PCM).

#### **3.2.7.2. Inicio del cómputo del período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo (artículo 8 del Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, reglamento de la LMOR, de 11 de junio de 2005).**

El período de designación del nuevo miembro del Consejo Directivo se computará desde el día siguiente al día de vencimiento del período de designación del anterior miembro, salvo lo dispuesto en el artículo 6 del D.S. N° 042-2005-PCM, relativo a la designación de miembro de Consejo Directivo para completar el período restante.

### **3.2.7.3. En el caso de remoción al miembro del Consejo Consultivo de los OR.**

“[E]l Presidente del Consejo de Ministros informará, dentro de los diez (10) días útiles, a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión” (artículo 2 de la Ley N° 28337, ley que modifica diversos artículos de la LMOR).

### **3.2.7.4. Cambio de titular del sector (artículo 4 Decreto Supremo N° 042-2005-PCM).**

El cambio de los titulares de los sectores señalados en el apartado 6.2 del artículo 6 (Ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada) de la LMOR de la Inversión Privada en los Servicios Públicos no genera la obligación de formular renuncia al cargo, por parte de los miembros del Consejo Directivo.

### **3.2.7.5. Funciones del Consejo Directivo.**

El artículo 52 del D.S. N° 017-2001-PCM señala que las funciones del Consejo Directivo son las siguientes:

- a. Aprobar la política general de la SUNASS.
- b. Expedir normas y resoluciones de carácter general o particular, en materias de su competencia.
- c. Aprobar el régimen tarifario que corresponda dictar a SUNASS de acuerdo a la normativa vigente.
- d. Aprobar la enajenación, permuta, compra, concesión de promesas de compraventa, garantías, otorgamiento de préstamos y adjudicación de bienes de la SUNASS en pago de deudas.
- e. Aprobar los planes y el presupuesto institucional, así como los criterios de inversión y asignación de recursos.
- f. Aprobar la política de administración, personal, finanzas y otras de gestión.

- g. Aprobar la contratación, promoción, suspensión o remoción de los Intendentes, Jefes de oficina, gerentes y funcionarios de niveles equivalentes.
- h. Aprobar y modificar la organización interna de la SUNASS.
- i. Aprobar la Memoria Anual y los Estados Financieros.
- j. Aprobar los convenios y gestiones de carácter institucional que se requiera para el cumplimiento de sus fines.
- k. Designar a su Vicepresidente y, nombrar y remover al Gerente General.
- l. Designar al árbitro o tribunal arbitral, en el caso previsto en el artículo 48 de la Ley de Fomento y Desarrollo del Sector Saneamiento, Decreto Legislativo N° 908.
- m. Las demás que le correspondan, de acuerdo a la normativa vigente”.

#### **3.2.7.6. Presidencia.**

De acuerdo al artículo 55 del reglamento general, el Presidente del Consejo Directivo ejerce funciones ejecutivas, de dirección y representación de la SUNASS y, es el titular de la entidad.

En caso de impedimento, el Vicepresidente ejercerá sus funciones durante el período que dure el mismo.

#### **3.2.7.7. Funciones del Presidente.**

En mérito a lo dispuesto del artículo 56 del reglamento general, el Presidente del Consejo Directivo tiene las siguientes funciones:

- “a. Convocar y presidir las sesiones del Consejo Directivo y determinar la agenda.
- b. Supervisar la correcta ejecución de los acuerdos del Consejo Directivo.



- c. Celebrar actos, convenios y contratos con entidades públicas nacionales o extranjeras.
- d. Proponer los planes y el Presupuesto Institucional.
- e. Adoptar medidas de emergencia, con cargo a dar cuenta al Consejo Directivo, en caso no se pueda reunir.
- f. Ejercer las funciones que el Consejo Directivo le delegue”.

### **3.2.8. Vacancia.**

De acuerdo al artículo 53 del D.S. N° 017-2001-PCM, el cargo de miembro del Consejo Directivo cesa por lo siguiente:

- “a. Fallecimiento.
- b. Renuncia
- c. Remoción motivada, mediante Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del Sector correspondiente”.

### **3.2.9. Régimen Laboral (artículo 63 del reglamento general).**

“Los trabajadores de la SUNASS se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada”.

### **3.2.10. Recursos económicos y financieros (artículo 64 del reglamento general, D.S. N° 017-2001-PCM).**

La SUNASS financiará sus actividades con:

- “a. Aporte por Regulación.
- b. Las donaciones, legados, transferencias u otros aportes efectuados por cualquier entidad privada, nacional o extranjera u organismos internacionales.
- c. Transferencias de Entidades del Sector Público.

- d. Intereses y moras que se generen por el pago inoportuno del Aporte de Regulación; los ingresos financieros que generen sus recursos; ingresos generados por el cobro de tasas de procedimientos administrativos
- e. Otros ingresos obtenidos por servicios y bienes suministrados por SUNASS”.

#### **3.2.11. Pago del Aporte de Regulación (artículo 65 reglamento general).**

La forma y oportunidad de pago del Aporte por Regulación será establecida por el Consejo Directivo de la SUNASS.

#### **3.2.12. Información Reservada (artículo 78 del reglamento general).**

La información recibida por un órgano de la SUNASS que tenga el carácter de secreto, deberá ser declarada reservada. En tal caso, el órgano de la SUNASS tomará todas las medidas que sean necesarias, para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo su responsabilidad. Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes del órgano de la SUNASS asignados al procedimiento o acción a cargo de la SUNASS. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo, serán despedidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. El despido y la inhabilitación serán impuestos por el Consejo Directivo. Lo dispuesto en los párrafos precedentes será de plena aplicación a las entidades delegadas (artículo 78 del D.S. N° 017-2001-PCM).

### **3.2.13. Prohibiciones (artículo 80 del reglamento general, D.S. N° 017-2001-PCM).**

Los miembros del Consejo Directivo y de los demás órganos de la SUNASS, así como sus funcionarios y servidores, cualquiera que fuese su régimen laboral tienen las siguientes prohibiciones:

“a) Defender o asesorar pública o privadamente causas ante la SUNASS, o ante cualquier entidad delegada, salvo causa propia o la de su cónyuge o concubino. Esta prohibición subsiste hasta un año después de su alejamiento del cargo para aquellas causas en que hubiesen participado directamente como funcionarios de la SUNASS o de una entidad delegada según fuera el caso.

b) Aceptar de los usuarios o sus abogados o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o en favor de su cónyuge o concubino, ascendiente, descendiente o hermano, por el ejercicio de sus funciones.

c) Admitir o formular recomendaciones en procedimientos seguidos ante la SUNASS o cualquier entidad delegada, salvo aquellas que les corresponde efectuar en ejercicio de las competencias de su cargo.

d) Ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, funciones vinculadas a trabajos de las entidades incluidas dentro del ámbito de competencia de la SUNASS, o que ésta pudiera haber contratado con terceros. Esta prohibición subsiste hasta un año después de su renuncia, cese, resolución contractual, destitución o despido. Además de las prohibiciones especificadas en este artículo, son de aplicación en lo pertinente, las normas del Decreto Supremo N° 023-99- PCM, que precisa prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores del Estado, de 16 de junio de 1999”.

### **3.2.14. Incompatibilidades al cargo.**

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 79 del reglamento general, D.S. N° 017-2001-PCM, es incompatible con el desempeño de las funciones de miembro del Consejo Directivo, Gerente General, miembro del Tribunal, miembro del Cuerpo Colegiado o Gerente; ejercer el cargo de Presidente de la República, Ministro de Estado, Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, Sub-contralor General de la República, Viceministro y Director General de Ministerio, mientras ejerza el cargo y hasta seis meses después de cesar en el mismo por cualquier causa.

Igualmente tienen la incompatibilidad de ocupar los cargos mencionados, los titulares de acciones o participaciones mayores del 1% (uno por ciento) de Empresas Prestadoras o vinculadas, directores, representantes legales o apoderados, funcionarios o empleados de empresas del sector de saneamiento, que hayan prestado servicios a las mismas dentro del año anterior a su nombramiento.

Tampoco pueden ejercer el cargo quienes hayan sido destituidos de algún cargo público o quienes hayan sido condenados por la Comisión de algún delito doloso.

## **CAPÍTULO 6**

---

**¿LA SUTRAN OTRO TIPO DE REGULADOR PERUANO?**

## **1. Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN)<sup>431</sup>.**

Se ha atribuido a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN) la “labor de policía” que correspondía inicialmente a la Dirección de Supervisión, Fiscalización y Sanciones integrante de Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC)<sup>432</sup>. Y luego se complementó (en algún momento) con la Unidad Gerencial de Operaciones del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (denominado PROVIAS NACIONAL). Esta última actualmente depende del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC). De esta manera la inicial Dirección mencionada cobró su propia independencia para luego transformarse en la vigente SUTRAN.

El mercado o sector de actuación donde opera SUTRAN se restringe al transporte terrestre de pasajeros, carga y mercancías actualmente en régimen de concesión<sup>433</sup>.

Dentro de las razones para la creación de la SUTRAN, estuvo la denominada “Tolerancia Cero”, que es una política durante el Gobierno del ex presidente Alan García, por la cual se pretendía disminuir el número de accidentes en las carreteras a nivel nacional. El MTC diseñó una serie de estrategias para ello, incluyendo la creación de este ente, sin conseguir

---

431 Ver la página institucional de este organismo en: <http://www.sutran.gob.pe/portal/> (última publicación: 10/12/13).

432 Esta Dirección General de Transporte Terrestre, perteneciente al Viceministerio de Transporte del MTC, se encuentra en el organigrama de éste Ministerio. Ver enlace: <http://www.mtc.gob.pe/nosotros/documentos/rm411-05.pdf> Así lo informan los diarios a nivel nacional y de mayor prestigio. Pueden consultarse en los siguientes links [http://www.rpp.com.pe/2009-06-15-gobierno-promulga-Ley-de-creacion-de-la-SUTRAN-noticia\\_188409.html](http://www.rpp.com.pe/2009-06-15-gobierno-promulga-Ley-de-creacion-de-la-SUTRAN-noticia_188409.html) (última visita: 24/6/2014);

[http://www.laindustria.pe/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2990&Itemid=15](http://www.laindustria.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=2990&Itemid=15);  
<http://www.andina.com.pe/espanol/Noticia.aspx?Id=M35lii0/xCs=> (última visita: 24/6/2013).

433 Nótese que en 2013 SUTRAN fiscalizaba a nivel nacional un promedio de 1,140 empresas, 8,465 vehículos. Del mismo modo en el rubro de carga y mercancías, SUTRAN fiscalizaba 72,913 empresas, 199,354 vehículos, 1,501 empresas MATPEL y 11,183 vehículos MATPEL.

hasta el momento resultado significativo alguno<sup>434</sup>. Su sede institucional se encuentra en la ciudad de Lima.

Dentro de las tareas fundamentales de SUTRAN, para su funcionamiento, están:

- Fiscalizar y sancionar el servicio de transporte terrestre de ámbito nacional e internacional.
- Administrar el régimen de permisos de tránsito en vías nacionales.
- Fiscalizar y sancionar los servicios complementarios.

### **1.1. Regulación normativa.**

Con fecha 16 de junio de 2009 se publicó la Ley N° 29380, de creación de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN), que consta de 16 artículos; 6 Disposiciones complementarias; 3 Disposiciones transitorias y 2 Disposiciones finales<sup>435</sup>.

Del mismo modo se promulgó el D.S N° 033-2009-MTC<sup>436</sup>, que aprobó el Reglamento de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Persona,

---

434 Decreto Supremo N° 035-2006-MTC, de 29 de octubre de 2006, que dispone en su artículo 1 la implementación del Sistema "Tolerancia cero" que busca reducir los accidentes de tránsito y acabar con la informalidad que rodea el sistema de transporte interprovincial. El Gobierno ha puesto en ejecución el Plan tolerancia cero. Un dato a considerar fue el alto índice de siniestralidad en la misma capital.

[http://www.larepublica.pe/files/image/2009/abril/info/15/REPO150409\\_06GR.jpg](http://www.larepublica.pe/files/image/2009/abril/info/15/REPO150409_06GR.jpg) (última visita: 27/6/2013). Y ver los lineamientos del Plan tolerancia cero:

[http://www.mtc.gob.pe/portal/consultas/cid/Boletines\\_CID/16\\_NOVIEMBRE/ARCHIVO/tcero.pdf](http://www.mtc.gob.pe/portal/consultas/cid/Boletines_CID/16_NOVIEMBRE/ARCHIVO/tcero.pdf) (última visita: 27/6/2013).

En 2006 se registró una cifra 3,481 fallecidos, en 2008 3,489 fallecidos, en 2009 3,243 fallecidos, en 2010 2,856 fallecidos, en 2011 3,490 fallecidos, en 2012 3,209, es decir en una década hubo 32,550 fallecidos, 457,482 heridos y 814,898 accidentes de tránsito en las carreteras peruanas. Ver interesante informe del MTC sobre muertes por accidente de tránsito, periodo 2003-2014:

[https://www.mtc.gob.pe/cnsv/estadisticas/muertos\\_accidentes\\_transito\\_2003\\_2014.pdf](https://www.mtc.gob.pe/cnsv/estadisticas/muertos_accidentes_transito_2003_2014.pdf) (última visita: 1/2/2015); Otro informe realizado sobre los accidentes de tránsito, periodo 2003-2014, ver: [https://www.mtc.gob.pe/cnsv/estadisticas/muertos\\_accidentes\\_transito\\_2003\\_2014.pdf](https://www.mtc.gob.pe/cnsv/estadisticas/muertos_accidentes_transito_2003_2014.pdf) (última visita: 1/2/2015).

435 Para ver: acceder a la Ley N° 29380, en: [http://www.sutran.gob.pe/portal/images/Decretos/ley/Ley\\_29380.pdf](http://www.sutran.gob.pe/portal/images/Decretos/ley/Ley_29380.pdf) (última visita: 10/12/14).

436 Para acceder al vigente Reglamento de Organización y Funciones se puede ver: <http://www.mtc.gob.pe/portaL/home/DS%20SUTRAN.PDF> (última visita: 21/10/2014).

Carga y Mercancías, de 16 de agosto de 2009, posteriormente se promulgó el D.S N° 021-2010-MTC, Reglamento de Organización de Funciones (ROF) de la SUTRAN, de 24 de abril de 2010. Esta última norma y su modificatoria han sido derogadas en la actualidad por el D.S N° 006-2015-MTC, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), de 10 de setiembre de 2015.

Además de las mencionadas normas de creación y de organización y funcionamiento, la forma de actuación de la SUTRAN se conforma al artículo 4 del vigente ROF, en los siguientes dispositivos legales<sup>437</sup>:

- Constitución Política del Perú.
- Ley N° 27658. Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.
- Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización.
- Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
- Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- Ley N° 29370, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre y su modificatoria.
- Ley N° 29380, Ley de creación de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN).
- Ley N° 28256, Ley que regula el transporte terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos.
- Ley N° 28972, Ley que establece la Formalización del Transporte Terrestre de Pasajeros en Automóviles Colectivos.

---

437 Me refiero al D.S N° 021-2010-MTC, de 23 de abril de 2010 (derogado). Ver el texto íntegro del texto legal en: <http://www.mtc.gob.pe/portaL/home/DS%20SUTRAN.PDF> (última visita: 21/10/2014).



- Ley N° 29005. Ley que establece los Lineamientos Generales para el Funcionamiento de las Escuelas de Conductores.
- Ley N° 29177, Ley del Programa de Incentivos para la sustitución de los Ómnibus ensamblados sobre Chasis de Camión del Servicio de Transporte Terrestre Interprovincial de Pasajeros.
- Ley N° 29237, Ley de creación del Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares.
- Ley N° 29365, Ley que establece el Sistema de Licencias de Conducir por Puntos.
- Decreto Supremo N° 012-97-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de las Normas con rango de ley emitidas en relación a los CETICOS.
- Decreto Legislativo N° 843 que restablece la importación de vehículos usados a partir de 1 de noviembre de 1996 y sus modificatorias.
- Decreto Supremo N° 033-2009-MTC, que aprueba el Reglamento de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN).
- Decreto Supremo N° 017-2009-MTC. que aprueba el Reglamento Nacional de Administración de Transporte.
- Decreto Supremo N° 016-2009-MTC, que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito — Código de Tránsito.
- Decreto Supremo N° 021-2008-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos.
- Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Vehículos.
- Decreto Supremo N° 025-2008-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares.

- Decreto Supremo N° 017-2008-MTC, que aprueba el Reglamento de Placa Única Nacional de Rodaje y su modificatoria.
- Decreto Supremo N' 040-2008-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Licencias de Conducir vehículos automotores y no motorizados de transporte terrestre.
- Decreto Supremo N' 024-2002-MTC, que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios para Accidentes de Tránsito.

## 1.2. Funciones.

Las funciones principales de la SUTRAN, contenidas en el artículo 4 de su ley de creación, apartados 1 y 2, en concordancia con el artículo 4 del reglamento (complementado en el artículo 3 del vigente ROF), son de dos tipos: función normativa y función de supervisión, fiscalización, control y sanción.

Por la primera función, se entiende que el Ente puede “dictar disposiciones normativas en el ámbito y la materia de su competencia”. (artículo 4 apartado 1 de la ley de creación)<sup>438</sup>, distribuidas en 10 funciones de la letra a) a la j) (artículo 4 del reglamento) pudiendo:

“a) Dictar normas que establezcan los lineamientos para la realización de los operativos de control de la prestación de los servicios de transporte terrestre en sus diversos ámbitos y modalidades.

---

438 Este ámbito de competencia será los servicios de transporte terrestre de personas, carga y mercancías nacional e internacional, así como aquellos servicios complementarios y vinculados que brinden los agentes públicos o privados relacionados al sector. Asimismo, es competente para supervisar, fiscalizar el cumplimiento de sus normas relacionadas con el tránsito y las establecidas en el Reglamento nacional de vehículos. Una fuerte crítica a SUTRAN la encontramos en: <https://lamula.pe/2013/10/15/el-fracaso-de-la-sutran/xileone/> (última visita: 15/5/2016); [http://www.diariolaprimeraperu.com/online/transporte/critica-a-la-sutran\\_48826.html](http://www.diariolaprimeraperu.com/online/transporte/critica-a-la-sutran_48826.html) (última visita: 15/5/2016).

- b) Establecer manuales para la ejecución de los procedimientos de fiscalización del transporte, tránsito terrestre, control de pesos y medidas y de servicios complementarios.
- c) Formular y/o actualizar normas de carácter técnico y/o administrativas relacionadas con la infraestructura para el control de pesos y medidas.
- d) Regular modalidades de fiscalización así como la periodicidad de su realización respecto de los titulares de autorizaciones, concesionarios y prestadores de servicios complementarios, inspecciones, certificaciones, verificaciones y otras relacionadas con el transporte y tránsito terrestre.
- e) Regular el contenido y las características de los formatos a ser utilizados en los operativos de control que la SUTRAN utilice en el ámbito de su competencia.
- f) Establecer los lineamientos y modalidades para supervisar la correcta señalización de las vías, condiciones técnicas de mantenimiento y atención de emergencias, en su relación con los accidentes de tránsito en la red vial de su competencia.
- g) Elaborar dispositivos que permitan desarrollar su función sancionadora.
- h) Elaborar y proponer normas internas relacionadas con los sistemas administrativos a su cargo.
- i) Proponer normas o modificaciones a las existentes, relacionadas al ámbito de fiscalización de las actividades referidas al transporte, tránsito terrestre y al control de pesos y medidas vehiculares.
- j) Otras funciones normativas en el ámbito de su competencia”.

Por la segunda función, contenida en el artículo 4 apartado 2 de la ley de creación, se le conceden a SUTRAN 14 funciones distribuidas de la letra a) a la n), a saber:

“a) Supervisar, fiscalizar y sancionar a los titulares de los servicios de transporte terrestre de los ámbitos nacional e internacional, a los conductores habilitados para el servicio y a los titulares y operadores de

infraestructura complementaria de transporte por los incumplimientos o infracciones en que incurran.

b) Supervisar y fiscalizar la circulación de vehículos en la red vial bajo su competencia, velando por el cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento Nacional de Tránsito y el Reglamento Nacional de Vehículos, sancionando a quien corresponda, por las infracciones o incumplimientos de los mismos.

c) Supervisar, fiscalizar y sancionar a los titulares de autorizaciones, concesionarios y prestadores de servicios complementarios, inspecciones, certificaciones, verificaciones y otras relacionadas con el transporte y tránsito terrestre.

d) Administrar el régimen de imposición de multas por las infracciones de tránsito detectadas en la red vial bajo su competencia.

e) Asistir al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en todos los aspectos vinculados a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN).

f) Controlar y fiscalizar la ubicación de avisos publicitarios en la red vial en el ámbito de su competencia.

g) Denunciar ante la autoridad competente el incumplimiento de obligaciones ambientales, tributarias y laborales en la prestación del servicio de transporte terrestre, que tome conocimiento en el ejercicio de sus competencias.

h) Llevar adelante la ejecución coactiva de las obligaciones pecuniarias derivadas de la fiscalización del transporte y tránsito terrestre en el marco de la presente Ley, para cuyo efecto la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN) está facultada para exigir coactivamente el pago de una cantidad pecuniaria o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer, conforme a la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, y demás normas.

i) Fiscalizar y sancionar a los que prestan servicio de transporte de ámbitos nacional o internacional o circulan por la red vial bajo su competencia, sin contar con autorización o cuando ésta no se encuentre vigente.

- j) Ejercer la potestad administrativa sancionadora respecto de los temas señalados en los literales: a), b), c), d), e), f), g), h), i).
- k) Suscribir y ejecutar convenios de colaboración o gestión con otros organismos de los sectores público y privado para los fines de la supervisión y fiscalización de los temas a su cargo.
- l) Suscribir y ejecutar convenios con Gobiernos regionales y locales para brindar capacitación, asistencia técnica o asumir la supervisión, fiscalización y sanción de los incumplimientos e infracciones en que incurran los titulares de los servicios de transporte terrestre bajo su competencia, los conductores habilitados para el servicio o los titulares y operadores de infraestructura complementaria de transporte.
- m) Coordinar con los órganos competentes de los Gobiernos regionales y locales asuntos de carácter técnico y normativo relativos a la fiscalización del transporte y tránsito terrestre, así como a los servicios complementarios, inspecciones, certificaciones y verificaciones relacionadas con el transporte y tránsito terrestre.
- n) Las demás funciones que sean compatibles con la finalidad de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN), y las que le sean delegadas de acuerdo a Ley”.

No obstante de las dos principales funciones de SUTRAN expuestas líneas arriba, el reglamento de la SUTRAN, complementa su actuación en los artículos 6, 7 y 8, y se enumeran las siguientes funciones: sancionadora [letras a) a la c)], de ejecución [letras a) a la c)] y de coordinación [letras a) a la f)].

### **1.3. Naturaleza jurídica.**

La naturaleza jurídica de SUTRAN, en principio, no se especifica en su misma Ley de creación, solo menciona que se trata de una “Superintendencia” que viene a ser un “Ente” u “Organismo” adscrita al MTC. Se menciona que “[T]iene personería jurídica de derecho público interno, con autonomía técnica, funcional, administrativa y presupuestal. Constituye un pliego presupuestal” (segundo párrafo del artículo 1 de su ley de creación SUTRAN).

Sin embargo, con posterioridad, el artículo 1 del D.S N° 006-2015-MTC, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), de 10 de setiembre de 2010, fue generoso con este Ente, al concederle naturaleza jurídica como: “[...] Organismo Público Ejecutor adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con personería jurídica de derecho público interno, con autonomía técnica, funcional, administrativa y presupuestaria. Constituye pliego presupuestario”.

Finalmente la LMOR excluye a SUTRAN de la categoría de OR (artículo 1 referido al ámbito de aplicación y denominación de la Ley N° 27332)

### **1.4. Organización interna.**

De acuerdo al artículo 5 de la ley de creación, en concordancia con el artículo 5 del vigente ROF, la SUTRAN se organiza de la siguiente manera:

- a). Consejo Directivo;
- b). Alta Dirección;
- c). Órganos de control, Asesoría, Apoyo, línea, de defensa judicial y desconcentrados”.

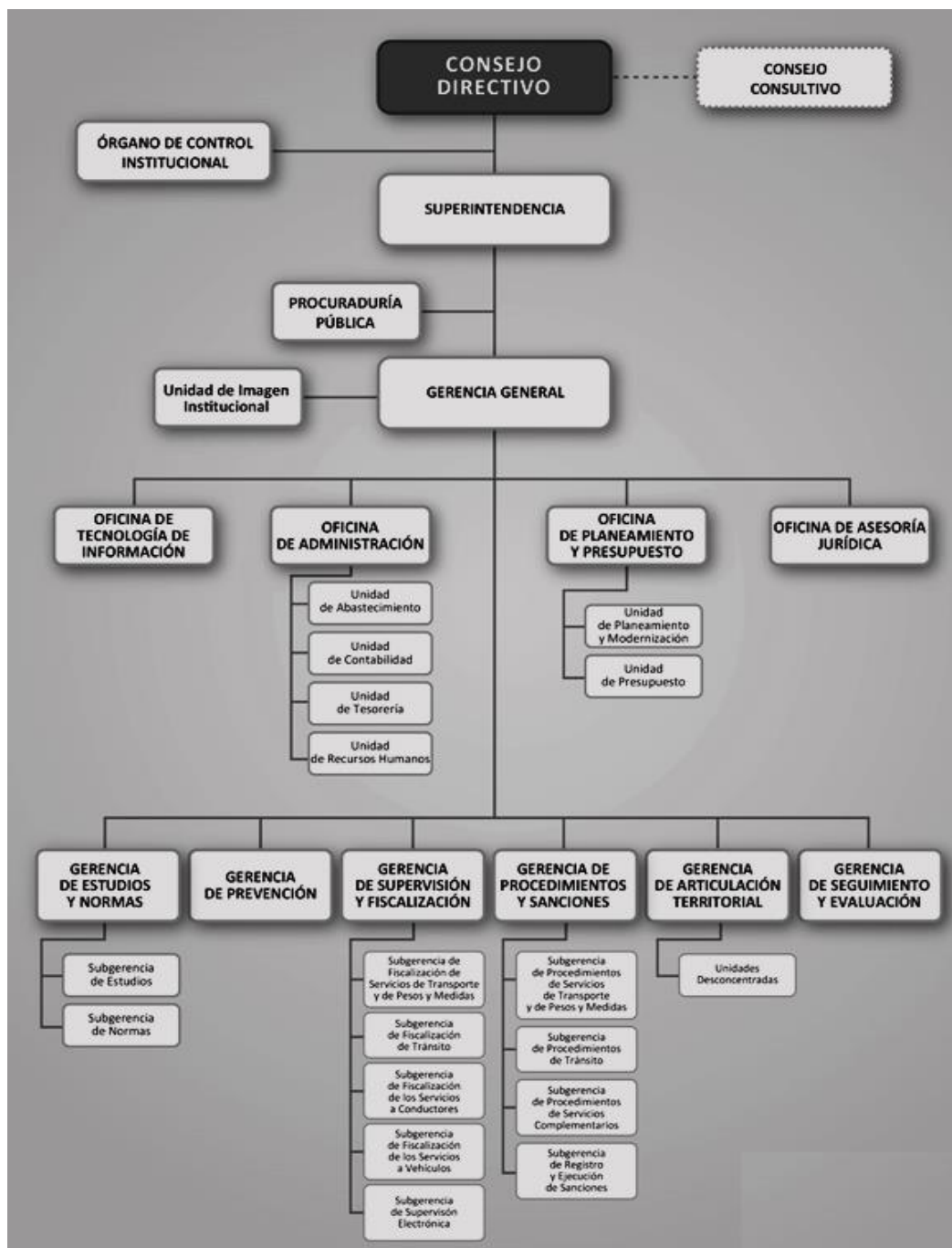
En virtud de lo establecido en el artículo 5 del vigente ROF, la estructura orgánica de la SUTRAN es la siguiente:

1. Órganos de Alta Dirección
  - 1.1. Consejo Directivo
  - 1.2. Superintendencia
  - 1.3. Gerencia General
    - 1 3.1. Unidad de Imagen Institucional
  - 1.4. Consejo Consultivo
2. Órgano de Control Institucional
  - 2.1. Órgano de Control Institucional
  
3. Órgano de Defensa Jurídica
  - 3.1. Procuraduría Pública
  
4. Órganos de Asesoramiento
  - 4.1. Oficina de Asesoría Legal
  - 4.2. Oficina de Planeamiento y Presupuesto
    - 4.2.1. Unidad de Planeamiento y Modernización
    - 4.2.2. Unidad de Presupuesto
  
5. Órgano de Apoyo
  - 5.1. Oficina de Administración
    - 5.1.1. Unidad de Abastecimiento
    - 5.1.2. Unidad de Contabilidad
    - 5.1.3. Unidad de Tesorería.
    - 5.1.4. Unidad de Recursos Humanos
  - 5.2. Oficina de Tecnología de Información
  
6. Órganos de Línea
  - 6.1. Gerencia de estudios y normas
    - 6.1.1. Subgerencia de estudios
    - 6.1.2. Subgerencia de normas
  - 6.2. Gerencia de Prevención
  - 6.3. Gerencia de Supervisión y Fiscalización

- 6.1.1. Sub Gerencia de Fiscalización de Servicios de Transporte
- 6.1.2. Sub Gerencia de Fiscalización de Tránsito
- 6.1.3. Sub Gerencia de Fiscalización de los servicios a Conductores
- 6.1.4. Sub Gerencia de Fiscalización de los Servicios a Vehículos
- 6.1.4. Sub Gerencia de Supervisión Electrónica
- 6.4. Gerencia de Procedimientos y Sanciones
  - 6.4.1. Subgerencia de Fiscalización de Servicios de Transporte de Pesos y Medidas
  - 6.4.2. Subgerencia de Procedimientos de Tránsito
  - 6.4.3. Subgerencia de Procedimientos de Servicios Complementarios
  - 6.4.4. Subgerencia de Registro y Ejecución de Sanciones
- 6.5. Gerencia de Articulación Territorial
  - 7.5.1. Unidades Desconcentradas
- 6.6. Gerencia de Seguimiento y Evaluación



Gráfico N° 8: Organigrama funcional de SUTRAN.



Elaboración: SUTRAN

Fuente: SUTRAN

## 1.5. El Consejo Consultivo.

De acuerdo al artículo 9 de la ley de creación y acorde con lo dispuesto en el 6 del ROF: “[E]l Consejo Directivo es el órgano máximo de la SUTRAN; aprueba la política institucional, supervisa y evalúa su cumplimiento.

Está integrado por el Superintendente quien lo preside, un (1) representante de la PCM y uno (1) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones”<sup>439</sup>.

Respecto del Superintendente, máxima autoridad ejecutiva de la SUTRAN como así establece el segundo párrafo del artículo 8 del ROF-SUTRAN, dirige el funcionamiento institucional y representa a la institución ante las entidades públicas y privadas, nacionales y extranjeras, ejecuta y supervisa la aplicación de las políticas de la SUTRAN, en armonía con la política general del Sector.

Su designación se da por Resolución Suprema a propuesta del Ministro de Transportes y Comunicaciones<sup>440</sup>, “(...) preside el Consejo Directivo y el

---

439 Inicialmente, la conformación del Consejo Consultivo era multisectorial. Basta ver el artículo 10 de la ley de creación de SUTRAN, que señala que el Consejo Consultivo: “[E]s el órgano no estructurado de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN). Está integrado por los siguientes representantes:

- uno (1) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- uno (1) del Ministerio del Interior.
- uno (1) del Ministerio de Educación.
- uno (1) del Ministerio de Salud.
- uno (1) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- uno (1) de los gobiernos regionales.
- uno (1) de los gobiernos locales.
- uno (1) del Gremio de Transportes de Pasajeros.
- uno (1) del Gremio de Transportes de Mercancías.
- uno (1) de la Asociación de Usuarios”.

440 En la actualidad, la designación de la Superintendencia de la SUTRAN descansa en doña María Esperanza Jara Risco y se da mediante RS N° 004-2015-MTC, de 18 de abril de 2015. Publicado en el Diario Oficial El Peruano. p. 550906. También publicitada en la prensa económica: <http://gestion.pe/politica/nombran-maria-jara-como-nueva-superintendente-sutran-2129371> (última visita: 28/4/2015).

titular del pliego presupuestal de la SUTRAN. Puede delegar las facultades y atribuciones que no sean privativas de su cargo”.

El Superintendente es titular del Pliego Presupuestal y representa a la SUTRAN. Puede delegar las facultades y atribuciones que no sean privativas de su cargo.

### **1.6. Funciones.**

El Consejo Directivo de la SUTRAN tiene las funciones específicas siguientes (artículo 9 de la ley de creación de SUTRAN):

“

- a) Definir la política de la Institución y dar cumplimiento a sus objetivos y metas.
- b) Designar y remover a los funcionarios públicos.
- c) Expedir normas de regulación del funcionamiento de la institución.
- d) Aprobar la creación de oficinas desconcentradas de la institución.
- e) Crear y desactivar gerencias, de acuerdo con los requerimientos de la política institucional.
- f) Evaluar el desempeño y resultados de gestión de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN).
- g) Otras funciones que establezca la presente Ley y demás normas reglamentarias”.

Del mismo modo en atención a lo ya expuesto, su actuar también se complementa y desarrolla dentro de lo dispuesto en el artículo 7 del ROF-SUTRAN<sup>441</sup>, a saber:

“

- a) Definir la política de la Institución y dar cumplimiento a sus objetivos y metas.
- b) Aprobar el Plan Estratégico Institucional y el Plan Operativo Institucional, la memoria anual y el reglamento interno de funcionamiento del Consejo Directivo.
- c) Aprobar los Proyectos de Reglamento de Organización y Funciones de la SUTRAN; el Cuadro para Asignación de Personal, Texto Único de Procedimientos Administrativos y los demás Reglamentos internos e instrumentos de gestión, conforme a la normatividad vigente.
- d) Designar y remover a los funcionarios a ocupar cargos de confianza de la SUTRAN.
- e) Expedición de normas de regulación del funcionamiento de la entidad.
- f) Aprobar la apertura y desactivación de órganos desconcentrados de la Institución.
- g) Proponer la creación o desactivación de gerencias de acuerdo con los requerimientos de la política institucional.
- h) Adoptar acuerdos referidos a la SUTRAN que se sometan a su consideración, dentro del ámbito de sus competencias.
- i) Emitir resoluciones en el ámbito de su competencia.

---

441 No obstante que el artículo 9 parte in fine de la ley de creación de SUTRAN, el Consejo Directivo que tenía las siguientes funciones:

- “a) Definir la política de la institución y dar cumplimiento a sus objetivos y metas.
- b) Designar y remover a los funcionarios públicos.
- c) Expedir normas de regulación del funcionamiento de la institución.
- d) Aprobar la creación de oficinas desconcentradas de la institución.
- e) Crear o desactivar gerencias, de acuerdo con los requerimientos de la política institucional.
- f) Evaluar el desempeño y resultados de gestión de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN).
- g) Otras funciones que establezca la presente Ley y demás normas reglamentarias”.

- j) Evaluar desempeño y resultados de la SUTRAN.
- k) Delega en el Superintendente las atribuciones que no le sean privativas.
- l) Otras funciones que establezca la Ley de creación de la SUTRAN y demás normas reglamentarias”.

### **1.7. Recursos.**

Son recursos de SUTRAN, los contenidos en el artículo 16 apartado 16.2 de la ley de creación, a saber:

- a) Los que le asigne la Ley Anual de Presupuesto.
- b) El importe de las sanciones económicas que se impongan por incumplimiento e infracciones a la normativa vigente.
- c) Los provenientes de la cooperación técnica y financiera no reembolsable, de conformidad con la normativa vigente.
- d) Los recursos que genere.
- e) Los demás recursos que se le asigne.

### **1.8. Régimen laboral de los trabajadores.**

Los trabajadores de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN) están sujetos al régimen laboral de la actividad privada (artículo 15 de la ley de creación).

### **1.9. Control Político.**

De acuerdo a lo contemplado en la cuarta disposición complementaria del instrumento legal de su creación, la Superintendente de la SUTRAN informa semestralmente a la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República sobre las acciones que viene ejecutando de acuerdo con sus competencias.



## **CUARTA PARTE**





## **CAPÍTULO 7**

---

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**



## **CONCLUSIONES**

---

Del presente trabajo se arrojan las siguientes conclusiones:

1. La regulación es un concepto extraído del ordenamiento jurídico estadounidense, incorporado posteriormente en la UE y en Sudamérica. De cierto modo ha decantado un viraje del tradicional concepto europeo y latinoamericano de servicio público, dejando de ser la prestación de determinados servicios un monopolio estatal y permitiendo la activa participación de los particulares en los sectores liberalizados pero bajo obligaciones de servicio público.
2. La regulación en Sudamérica en general debiese entenderse como una función administrativa de intervención de la actividad económica ante los fallos de mercado o condiciones monopólicas de operadores dominantes que acaparan o atentan contra la competencia y el mercado.
3. Esta intervención del Estado en la economía, y sobre todo por parte de los OR a través de la regulación, debe darse solamente en el caso que se requiera y de modo excepcional. Pues la mejor forma de intervenir en el mercado es generando información relevante para la toma de decisiones por parte de los agentes del sector.
4. En el caso peruano, la función reguladora del Estado y su reconocimiento de la misma, como función estatal, está prevista en el artículo 58 de la Constitución. Para mayor abundamiento, el TC peruano ha señalado que: “(...) dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado” (F.J 14 del STC que recae sobre el EXP. N° 7320-2005-PA/TC, de 23 de febrero de 2003).
5. El establecimiento de su intervención (función reguladora) es garantizadora y actúa como regulador y propiciador de los procesos económicos, determinando y participando de las reglas de juego, “(...)

configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común” (F.J 18 del EXP. N° 7320-2005-PA/TC, de 23 de febrero de 2003).

6. El proceso de reforma del Estado y de la intervención del Estado en la economía (en el caso peruano) es un proceso gradual (hasta nuestros días), que en la mayoría de los casos utiliza el mecanismo de la delegación de facultades legislativas del Poder Legislativo en favor del Poder Ejecutivo; basta ver en los últimos años un sustancial incremento de normas que propician la inversión en infraestructura de los servicios de red<sup>442</sup>.
7. En el caso peruano, en los sectores de telecomunicaciones y energía, contamos con regímenes de fondos de servicio universal, como es el caso del Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones (FITEL) y el Fondo de Inclusión social en Energía (FISE). Ambos fondos intangibles tienen como función cubrir el acceso al servicio de los sectores donde resulta difícil el acceso ya sea por su dispersión geográfica o por su geografía compleja.
8. El origen de los OR en España se encuentra en el proceso de liberalización económica y financiera, que alcanzó a los servicios de red en Europa por disposición comunitaria, pero bajo el influjo de las políticas neoliberales que albergó el seno de la UE. El punto de partida para la consolidación en España de las AAI (a la salida del régimen dictatorial y en la transición democrática con la Constitución de 1978) fue la creación del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) y a partir de ahí aparecieron la CNMV, el TDC, el CSN, la reconversión del BE y, finalmente, los OR como la CMT y la CNE.

---

442 Cfr. Decreto Legislativo N° 1014, de 15 de mayo de 2008, que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, al igual que Ley N° 30228, que modifica la Ley N° 29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, de 11 de julio de 2014.

9. La fundación de los OR en Sudamérica (como parte integrante de la Administración pública) está dirigida a la intervención en el mercado y, para ello, es necesario contar con una función normativa reguladora. En Sudamérica, existen dos sistemas constitucionales paralelamente basados en la superposición de dos principios: libertad de configuración normativa y reserva legal.

Teniendo en cuenta que en los países de la región sudamericana persisten dos sistemas constitucionales (como es el sistema de contenido abierto y el sistema de contenido cerrado) bien marcados que, por una parte, flexibilizan la aparición y funcionamiento de los OR en el sector para el cual han sido creados; y de cierta forma, por otra parte, tienden a justificar la regulación sectorial emitida (reglamentos, circulares, directivas), por parte de estos entes altamente especializados. La razón descansa en la estructura de poder y la influencia del sistema presidencialista que en dichos países se presenta.

10. La implantación de los OR sudamericanos ha tenido una expansión similar y homogénea a la peruana: liberación de los servicios públicos, venta de los activos del Estado para obtener liquidez y cumplir con deudas contraídas con organismos internacionales, pero también achicamiento y reforma del Estado, reducción de sobrecostos laborales siguiendo los lineamientos del Consenso de Washington, a lo que se suma la desconfianza hacia el Estado y su paso hacia la consolidación del Estado regulador.
11. Los ordenamientos jurídicos de los países estudiados permiten el nacimiento de los OR de los servicios de red. Incluso los textos constitucionales tanto de España de 1978, como en Perú de 1993, habilitan en sus sistemas de contenido normativo abierto, la incarnación de este tipo de OR, sumado a la convivencia pacífica con las llamadas denominadas Constituciones económicas de cada país estudiado.

12. El establecimiento de los OR peruanos ha quedado convalidada y justificado en la interpretación del TC, por lo dispuesto en la parte infine del F.J 39 que recae en la STC N° 00034-2004-PI/TC, de 15 de febrero de 2005, que señala: “(...) el Estado, a través de los denominados OR, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, las condiciones de competencia en los segmentos donde ésta sea posible”.
13. En España, los OR, CNE y CMT, se dieron por la imposición del Derecho Comunitario de liberalizar sectores que antes eran monopolios públicos para introducir competencia en un mercado abierto y tener un “ente cuasi independiente” del manejo o del entorno del Gobierno.
14. La creación de los OR peruanos, OSIPTEL y OSINERGMIN, también se dio al liberalizar los servicios públicos prestados por empresas del Estado que eran ineficientes y que arrojaban pérdidas, así como para obtener una mayor credibilidad nacional e internacional en el mercado abierto, obtener liquidez para sus finanzas públicas y hacer frente a presiones de operadores que reclamaban más transparencia en el sector a liberalizar, bajo el estricto cumplimiento del Consenso de Washington y por la voluntad política del Ejecutivo de ese entonces para obtener mayor credibilidad en sus políticas económicas.
15. Los OR de los servicios de red, tanto en España como en Perú, presentan muchas similitudes y exiguas diferencias; si bien es cierto nacen casi en el mismo espacio de tiempo, pero bajo matices distintos. Por ejemplo, estos OR han partido del proceso evolutivo del Estado gestor hacia el Estado regulador, constituyendo el vehículo para la regulación de un mercado impregnado de competencia y de aislamiento del poder político, pero también de los operadores dominantes del mercado ante el crecimiento de la desconfianza e intromisión de los agentes mencionados así como del propio Estado.

16. Es posible que la creación de los OR de los servicios en red en ambos países pueda irradiar una eventual colisión expresa con la Constitución, tanto en las facultades normativas como en lo relativo al alejado manejo independiente y autónomo del Gobierno.

Sin embargo, en el caso del Perú y sus OR de los servicios de red (OSINERGMIN y OSIPTEL), el primer problema pudiera estar zanjado, toda vez que presentan un paraguas constitucional que recae en la delegación de facultades normativas, las cuales se han de materializar en circulares y directivas y han de contener el acto administrativo por voluntad expresa del cuerpo colegiado.

17. El modelo de organización de los OR de España en la actualidad es integrado (único) de tipo multisectorial toda vez que se integra competencia y sectores específicos de red (telecomunicaciones y energía). Este nuevo superregulador con funciones de supervisión tiene competencia en los sectores anteriormente mencionados. Situación que a la fecha se encuentra en fase de consolidación progresiva respecto a los cuestionamientos de independencia del mismo y separación de las funciones de regulación y competencia.
18. Otra conclusión a la que puedo llegar es que la CNMC y los reguladores peruanos tienden a ser independientes al menos desde el punto de vista de su ordenamiento positivo (por la expedición de sus normas de creación), así como el resto de normas para su funcionamiento interno (Reglamentos de funcionamiento o de organización de funciones) lo cual garantiza una cierta independencia relativa<sup>443</sup>. Esto se ve reforzado por

---

443 Aunque al cierre del presente estudio se ha publicado el plan económico del PSOE <http://www.psoe.es/programa-electoral/economia-2/economia-de-las-oportunidades/mercados-abiertos-competitivos-y-bien-regulados/> (última visita: 22/6/2016), en el cual se señala en el punto 3 de la p.11, que: “[M]odificar el procedimiento de designación de los miembros de los organismos reguladores, que se residenciará en sede parlamentaria con las siguientes mejoras: convocatoria pública de las vacantes a cubrir; evaluación de la competencia e idoneidad de los candidatos y candidatas por un Comité Asesor de composición profesional variable - sus miembros serán designados para cada ocasión por insaculación entre los



el mecanismo de designación de los integrantes del Consejo Directivo, régimen de cese, y alargamiento de su mandato que casi siempre es superior al del Gobierno de turno, aunque con las martizaciones que luego se realizarán.

19. Otro resultado destacable que en el presente estudio se encuentra es la imbricación del modelo continental europeo, con estructura bicéfala, con el que cuenta, la mayoría de países sudamericanos, entre ellos Perú. Este modelo adoptado (de OR), interdependientemente del nombre que llevan como el de “Comisión”, confiere de cierta forma la participación en los OR de los Ministerios (sectoriales al cual están adscritos) o Secretarías de Gobierno.
20. Este modelo bicéfalo goza de autonomía para garantizar un funcionamiento orgánico y eficaz en el mercado, toda vez que le permite tomar decisiones al margen de otros órganos de la administración, pese a que la ley hoy en día los adscribe a la PCM y a que guarda un ápice de relación con el Ministerio y con el titular del pliego en concreto, aunque no significa, de ninguna manera, que el Regulador esté condicionado al mismo.

---

propuestos proporcionalmente por los grupos parlamentarios y se harán públicos los informes, con sesiones de audiencia en las correspondientes comisiones del Congreso y Senado”.

Nótese, a diferencia del vigente procedimiento del nombramiento de los consejeros, la eventual puesta en escena de un “Comité Asesor” por parte del Gobierno de turno. No sabemos si se trata de un colegiado autónomo o de integrantes del poder ejecutivo los que conformarían dicho Comité ni la tendencia política de los mismos ni sus verdaderas funciones.

Un punto a destacar del plan económico del PSOE es la transparencia en las sesiones de audiencias en la selección de los candidatos a consejeros por parte de ambas cámaras tanto de los diputados como del senado.

Del mismo modo se destaca en el plan de gobierno del PSOE el estudio sobre el funcionamiento y el fortalecimiento de la CNMC, cuando se dice: “[I]mpulsar el reforzamiento los organismos de competencia y de regulación de mercados dotándolos de mayor independencia funcional y recursos; evaluar el funcionamiento de la CNMC desde su creación en 2013, y en su caso estudiar su transición hacia un modelo de regulador convergente, similar al existente en Alemania, que cuente con un Organismo Regulador para sectores económicos en red (energía, telecomunicaciones, sector audiovisual, transporte, sector postal) y el Organismo de Competencia, diferenciando así la intervención ex-ante y ex-post como sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno. Este modelo dispondrá de la autoridad necesaria de competencia, plenas capacidades normativas para los reguladores, independencia de recursos financieros y suficiente personal cualificado”.

21. En la actualidad el metaregulador español está expuesto a una serie de controles como el control difuso, control por parte del Gobierno, control por parte del Parlamento, control por de los Tribunales, así como el control económico. Estos controles son la garantía del sometimiento de la CNMC hacia el cumplimiento estricto de sus fines con que fueron creados.
22. La devolución de competencias en favor de los Ministerios merma de manera exponencial la autonomía de la CNMC. La misma suerte sigue el hecho de que el ejecutivo español sea quien apruebe el estatuto orgánico. Este halo de vulneración a la autonomía debilita una mejor actuación y debilita la institucionalidad del regulador.
23. La CNMC y sus similares OSIPTEL y OSINERGMIN gozan de una independencia relativa (no absoluta), debiendo entenderse esta última como un atributo neutral en la supervisión y regulación del mercado liberalizado en sus dos vertientes, orgánica y funcional.
24. La española, ahora extinta, CMT (hoy Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC) y su homóloga peruana OSIPTEL podrían haber sido perfectamente comparables entre sí, por el grado de autonomía e independencia (relativa), así como por el poder de decisión que presentaban en ambos casos. Sin embargo, la unificación en un “megarregulador” hace que en el caso español la Dirección solo sea un órgano más de un colegiado mayor como es la CNMC, mientras que su homóloga OSIPTEL sí constituye un verdadero regulador.
25. Lo mismo podría decirse de la eventual similitud entre la Dirección de Energía de la CNMC y OSINERGMIN de ambos países. Sin embargo, no se pueden comparar ambas a pesar de que la ley les otorga una reducida autonomía clarificada en la normativa respectiva de cada una de ellas, pues en Perú la LOPE le da a OSINERGMIN la condición de regulador en sentido amplio, aparentemente; sin embargo, de una

manera u otra manera, tanto la CNMC como OSINERGMIN están sujetas a la decisión política del Gobierno de turno<sup>444</sup>.

26. Tanto al OR español (CNMC, sucesora de las antiguas CMT y CNE, hoy fusionadas) como a los peruanos (OSIPTTEL y OSINERGMIN) hay que reconocerles el vital papel que desempeñan en la actualidad en el sector para el cual han sido creados y dentro de una economía social de mercado y en el marco de un moderno Estado Social de Derecho.
27. La mayoría de los OR sudamericanos adoptan su organización como una OPD u organismo autárquico, gozan de independencia frente al poder político de turno en sus vertientes institucional, funcional, personal, con excepción de Venezuela en donde en la actualidad existe una clara intromisión del Ejecutivo sobre su regulador.
28. En Perú, la Ley N° 27332, LMOR establece que los OR son: OSIPTTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS. Pero los principales OR de los servicios de red peruanos perfectamente comparables con la CNMC son: OSIPTTEL, OSINERGMIN.

En el presente trabajo he considerado estudiar a los cuatro reguladores establecidos en la Ley. Sin embargo por el actual proceso de privatización, concesión de infraestructura y regulación de la misma que se vive en el Perú estas últimas décadas, no considero en este estudio a OSITRAN como regulador de los servicios de red, incluyendo la infraestructura.

29. Existen otros tipos de organismos públicos descentralizados que ejercen labores de regulación a través de sus entes reguladores (incluso bajo el paraguas normativo que habilita la LMOR) como el caso de SUNASS.

---

444 Cfr. La crítica de ARIÑO ORTIZ, G. sobre la presunta politización y captura del regulador, puede verse en el Diario Expansión de 18 de julio de 2009 (última visita, 13/10/2013). También en ESTEVE PARDO, J. (2014).

Sin embargo, considero que el mercado del agua y saneamiento aún no se encuentra liberalizado ni tampoco se encuentra en régimen de competencia.

30. Del mismo modo, el organismo denominado SUTRAN escapa a ser un regulador como tal (al menos no se encuentra positivizado en la LMOR); sin embargo, cumple con la tarea de supervisión, fiscalización y sancionador, solución de controversias en el ámbito en que se desenvuelve.
31. Las principales similitudes entre los OR de los servicios de red español (CNMC) y peruanos (OSIPTEL, OSINERGMIN) se presentan en cuanto a su origen, evolución, fortalecimiento y desarrollo de los mismos. Situación que también se ha visto acompañada del proceso de reforma del Estado como respuesta a la crisis económica que se presentaron en ambos países.

Existe una gran similitud entre la Dirección de Energía de la CNMC y OSINERGMIN en cuanto a su escasa independencia o autonomía. No obstante en la próxima reforma del Reglamento de la OSINERGMIN (al estar obligada por una ley de mayor rango legal como es la LOPE) se permitirá legitimar sus actos normativos, así como los de resolución de controversias, etc.

32. Las principales diferencias de los OR es que la implantación de los mismos en España se da en un contexto impositivo del Derecho Comunitario, agravado por la crisis económica, mientras que en el caso peruano se da como consecuencia de su inserción en el mercado internacional, de la venta de sus principales empresas públicas, y para dar confianza al inversionista. En la actualidad existe una ligera transformación en los OR tratados que también los hace diferentes a los reguladores de los servicios de red y, es que la CNMC se ha convertido

en un único regulador multisectorial mientras que los OR peruanos siguen adoptando un modelo bicéfalo de corte mediterráneo.

33. El ordenamiento jurídico peruano recoge dos clases de administraciones instrumentales, los organismos constitucionales autónomos y los no constitucionales señalados en la LOPE de dos tipos: organismos públicos ejecutores y los organismos públicos especializados, dentro de estos últimos se encuentran los OR de los servicios de red.
34. El rol de los OR en las economías sociales de mercado de ambos países material del presente estudio, es de vital importancia para garantizar el fortalecimiento del Estado de derecho y la democracia, situación que es reclamada por la sociedad y el mercado<sup>445</sup>. Cabe mencionar que esta convivencia sana es vital para el desarrollo de la libertad, del mercado, la competencia y garantía de acceso a todos los ciudadanos sin distinción alguna.
35. Otro de los roles de los OR peruanos es el de garante y guardián del cumplimiento de las libertades que les alcanza a los ciudadanos y operadores. Así ha quedado plasmado por ejemplo en el caso peruano en los FF.JJ 35, 36, 39 y 40 de la STC que recae en el EXP. N° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003).
36. Del mismo modo, es necesario advertir que existe una fuerte tensión que se ha trasladado como producto de la correlación entre el Estado y la sociedad y sus agentes, sobre todo si el regulador es apresado, de

---

445 cumplen en las economías de libre mercado (incluyendo tanto la española como la peruana), es vital y de alta importancia para la sociedad; como una garantía necesaria de tal modo que la acción del privado y el mercado mismo no vulneren derechos fundamentales ni tampoco generen condiciones de inequidad (con pleno respeto de libertades y garantías de los usuarios de los servicios de red) a quienes acuden a ellos. Esta sería la nueva correlación del Estado y la sociedad y sus transformaciones modernas. Estas se manifiestan preponderantemente dentro del sistema institucional del Estado, el que genera un importante impacto institucional al punto que puede desencadenar en crisis.

cierta manera, por presiones de índole económica y política de quienes tienen intereses creados en el sector, bajo cualquiera de sus dos formas, como “captura del regulador” o como “*revolving door*”. Esos enfrascamientos y ponderaciones persisten de cierta manera en el Perú<sup>446</sup>.

32. La naturaleza jurídica de los OR, se encuentra definida por ley de creación. Tanto en España como en Perú han sido definidos como personas jurídicas de derecho público, insertos en sus respectivas Administraciones públicas, dotados de autonomía orgánica y funcional que gozan de independencia del Gobierno y del resto de Administraciones públicas y de los agentes del mercado.
33. El objeto de creación de los OR es garantizar, resguardar y suscitar el correcto funcionamiento, la competencia y transparencia en todos los mercados y sectores productivos donde actúan, en beneficio de los consumidores y usuarios.
34. Los OR en los países estudiados en el presente trabajo tienen como característica relevante que el Consejo es el órgano colegiado de decisión en cada uno de ellos.

Otra de las características en común, es el grado de independencia de los OR peruanos, pero con algunas variantes como son el nombramiento, duración del periodo y cese de sus miembros.

35. Los OR de red peruanos poseen las siguientes características: son organismos públicos especializados de corte administrativo, presentan una organización administrativa adscrita a la PCM, gozando de una cuasi autónoma e independencia relativa del Poder Ejecutivo.

---

446 Esta situación antes descrita de cierta manera constituye una especie de “colonización” como lo ha señalado BACIGALUPO SAGGESE, M. (2015), pues se utilizan “mecanismos espurios de reparto de puestos entre familias políticas”.

Tanto la LMOR como la LOPE definen seis funciones específicas de los OR: “supervisar, regular, normar, fiscalizar y sancionar, solucionar controversias, función de solución de reclamos”.

37. El presente estudio arroja al final del mismo que los dos únicos OR peruanos de los servicios de red, perfectamente comparables por la labor que realiza la CNMC española, son OSIPTEL y OSINERGMIN.
38. En el caso de los otros reguladores como son SUNASS, SUTRAN y OSITRAN, no constituyen un modelo perfecto de OR, sino más bien Autoridad Administrativa Independiente por presentar algunas características que a continuación se describen:

a) Una de las reglas para determinar si se trata de un OR o no es encontrarse dentro de un mercado liberalizado o mejor dicho en un escenario despublificado completamente en un sector de red. En ese orden de ideas, SUNASS estaría descartada como OR. Mientras que OSITRAN, si bien es cierto estaría en un sector de red, éste no actúa en un mercado completamente liberalizado, y menos en régimen de competencia sino en un régimen muy puntual de concesiones y privatizaciones. Por esto último se supone que más parece una Autoridad Administrativa Independiente.

Una prueba más que avala mi posición estaría en el objetivo principal de OSITRAN: “[...]regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, protegiendo de forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario”.

b) Este ámbito de competencia a que se hace alusión es aeropuertos, puertos, carreteras y vías férreas y básicamente el

cumplimiento de los contratos de concesión por parte de los operadores. Me temo que probablemente algunas de sus funciones puedan chocar o cuando menos duplicar las que ya existen con PROINVERSIÓN<sup>447</sup>.

c) Otra característica es que OSITRAN, si bien es cierto admite la iniciativa privada, específicamente vía técnica administrativa de concesión y privatización, no está abierta al ciento por cien al régimen de competencia. No obstante, hay que reconocer los esfuerzos que realiza OSITRAN en materia de supervisión de los contratos de concesión, y ello a pesar de que la reciente normativa reguladora<sup>448</sup> la declara como OR dentro de una categoría mayor (organismo público especializado), no es del todo un OR.

39. SUNASS es el único ente denominado “regulador” (conforme la LMOR) que actúa en un sector que no ha sido privatizado, por lo cual podría ponerse en el tapete si en realidad es propiamente un regulador o un sub-tipo del mismo, que supervisa y fiscaliza a 50 EPS a nivel nacional. Fija tarifas y tutela las condiciones de servicio.
40. Mientras que SUTRAN, por las mismas razones expuestas (de no encontrarse en un sector liberalizado), así como al no haber sido declarado por la LMOR como “regulador” y recibir instrucciones directas del MTC, no sería del todo un OR, sino un sub-tipo, máxime si un grueso grupo funcional de planta deviene del mencionado ministerio. En la actualidad SUTRAN ni impone tarifas, ni genera condiciones de competencia, pero sí vela por la calidad y condiciones del servicio público.

---

447 Agencia de Promoción de la Inversión Privada en el Perú, organismo público adscrito al MEF que entre sus principales objetivos está la inversión privada en servicios públicos y obras públicas de infraestructuras, así como activos, proyectos, empresas del Estado y demás actividades estatales, con arreglo con la legislación en la materia. (artículo 3 apartado 6 del Reglamento de Organización y Funciones D.S N° 042-2009-EF, de 19 de febrero de 2009).

448 Me refiero tanto a la LMOR, su Reglamento e incluso a sus leyes que las vieron nacer, incluyendo a la LOPE



Otra de las razones, que abonan esta postura, es que se podría admitir el término regulador hasta cierto punto, si se mueve como una suerte de orientador en el mercado, teniendo capacidad para obrar en el sector que se desenvuelve, pero no para regular ya que dicha actividad es sólo atribuible al Congreso de la República, al Ejecutivo, Municipalidades y Universidades. Sin embargo, su poder de acción es limitado porque no actúa solo normalmente, y porque formulará siempre consultas al sector donde se encuentran adscritos<sup>449</sup>.

41. Llama la atención el nombramiento de los integrantes de la CNMC, por parte del Gobierno, entre personas “de reconocido prestigio y experiencia profesional”, que, en principio, podría garantizar una trayectoria prestigiosa en el sector, pero, en cierta manera, eso se contradice con la práctica en la que es determinante la simpatía o afinidad al poder de turno.
42. En el caso peruano, los integrantes del Consejo Directivo de los tres principales reguladores tienen experiencia en distintos sectores regulatorios afines; otros siguen una línea de carrera dentro de su institución, pero también es incuestionable que otros tienen cierta simpatía o acercamiento por el Gobierno que los nombra. Basta mirar sus hojas de vida. Algunos de sus integrantes van saltando de regulador en regulador<sup>450</sup>.

---

449 Ya que en determinado sector de la actividad productiva de un País se necesita de un responsable político, en este caso sería el Presidente del Consejo de Ministros y del Presidente de la República.

450 Gonzalo Martín RUIZ DÍAZ (Presidente del OSIPTEL), designado mediante RS N° 206-2012-PCM, de 10 de julio de 2012, publicado en el diario El Peruano, p. 470279. En su currículum vitae presenta que ha sido Viceministro de Comunicaciones del MTC; también ha sido Secretario Técnico del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) del MTC, finalmente ha sido miembro del Comité de Promoción de la Inversión en Carreteras, Aeropuertos y Ferrocarriles de PROINVERSION.

Jesús Francisco TAMAYO PACHECO (Presidente del OSINERGMIN), designado mediante RS N° 096-2012-PCM, de 5 de abril de 2012, publicado en el diario El Peruano, p. 463690. En su currículum vitae, tenemos que ocupó cargos gerenciales en importantes empresas públicas y privadas, durante más de 10 años. También fue miembro del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de

43. Por otro lado en ambos modelos, CNMC y OR peruanos, el cese de los miembros (Directores) o irrevocabilidad de los mencionados, son casi los mismos, debido a causas tasadas en principio, también afines. Solo podrán ser cesados por: renuncia aceptada por el Gobierno; expiración o término del mandato o separación acordada por el Gobierno; en el caso español, previa instrucción del expediente, lo que no sucede en el caso peruano. Otra causa similar podría ser la incapacidad permanente para el ejercicio del cargo.

No obstante, es necesario rescatar y resaltar el mecanismo de veto parlamentario en el proceso de selección de los postulantes al Consejo Directivo de la CNMC, el mismo que (de momento) no podría ser aplicable en el Perú, salvo en la designación de los integrantes de los órganos constitucionalmente autónomos, donde los representantes del Poder Legislativo pueden intervenir vía Comisión Permanente del Congreso de la República, según lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento del Congreso de la República<sup>451</sup>.

---

Uso Público (OSITRAN) y miembro del OSIGERMIN, como integrante de varios cuerpos colegiados ad hoc de este último regulador. Y ejerció el cargo de Jefe del Área Técnica en el Fondo Ítalo-Peruano.

Silvia Patricia BENAVENTE DONAYRE (Presidente del OSITRAN). Designado mediante RS N° 295-2012-PCM, de 16 de setiembre de 2012, publicado en el diario El Peruano, p.474551. Ha sido Asesora Legal en el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, desempeñándose en todos los sectores de la infraestructura de transporte regulada, así como diversos temas institucionales e interinstitucionales; y tuvo a su cargo la Gerencia Legal en diferentes oportunidades.

Se desempeñó como Coordinadora del Área de Inversión Privada de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia a Inversión Privada del MEF; desempeñándose en etapas sucesivas de los diversos tipos de asociaciones público-privadas y procesos de promoción de la inversión llevados a cabo en el Perú.

Fernando MOMIY HADA (Presidente de SUNASS), designado mediante RS N° 097-2012-PCM, de 5 de abril de 2012, publicado en el diario El Peruano, p. 463691, presenta en su currículum vitae que ha prestado servicios en OSITRAN, la Dirección General de Aviación comercial del MTC, así como CEPRI que luego paso a ser PROINVERSIÓN.

451 La Comisión Permanente del Congreso de la Republica es un grupo de trabajo de congresistas designados por el pleno del Congreso en un número que no puede exceder del 25% del total de Congresistas y debe ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario. Entre sus atribuciones tenemos: Designar y remover al Contralor General de la República y ratificar la designación del Presidente del Banco Central de Reserva, a quien pueden remover, y del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de pensiones y, con aprobación del Pleno, elegir al Defensor del Pueblo, observando las condiciones señaladas en la constitución política y las leyes orgánicas de las respectivas

44. En los OR peruanos al igual que en España y siguiendo la tradición de EE.UU se presenta la figura de las puertas giratorias o *revolving doors*, por las que algunos técnicos que trabajan en empresas sujetas a regulación, por su conocimiento especializado y experto, se incorporan a los puestos directivos y técnicos de estas Administraciones; y también se da el movimiento de salida, cuando cargos y técnicos del Organismo Regulador dejan su puesto y pasan a prestar servicios en grandes corporaciones sujetas a regulación<sup>452</sup>.

---

Instituciones públicas, así como el procedimiento determinado en los Reglamentos especiales que apruebe el Congreso. En todos los casos se expedirá Resolución Legislativa:

[http://elcomercio.pe/politica/gobierno/se-oficializo-nombramiento-kisic-yamada-González-bcr-noticia-1673129?ref=flujo\\_tags\\_463910&ft=nota\\_6&e=titulo](http://elcomercio.pe/politica/gobierno/se-oficializo-nombramiento-kisic-yamada-González-bcr-noticia-1673129?ref=flujo_tags_463910&ft=nota_6&e=titulo) (última visita 13/10/2013). No obstante la elección de altos funcionarios del Estado peruano genera división por la fórmula (el sistema de cuotas) entre las fuerzas políticas del país, como se podrá apreciar en síntesis en la siguiente nota:

[http://elcomercio.pe/politica/gobierno/Congreso-busca-hoy-salida-crisis-eleccion-funcionarios-tc-defensoria-pueblo-noticia-1608117?ref=flujo\\_tags\\_463910&ft=nota\\_24&e=titulo](http://elcomercio.pe/politica/gobierno/Congreso-busca-hoy-salida-crisis-eleccion-funcionarios-tc-defensoria-pueblo-noticia-1608117?ref=flujo_tags_463910&ft=nota_24&e=titulo) (última visita 13/10/2013).

Finalmente existe el Proyecto de ley N° 2590/2013-CR, de 29 de agosto de 2013, para evitar la politización de los miembros de la Comisión de Selección, ver la web site:

[http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/0/818bcb933a4f97c705257bd600808f48/\\$FILE/PL02590290813.pdf](http://www2.Congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/818bcb933a4f97c705257bd600808f48/$FILE/PL02590290813.pdf) (última visita 13/10/2013).

452 Conocido como el fenómeno manifestado del “(...) transito de lo público a lo privado y viceversa sin solución de continuidad”. Se evidencia que el problema básico que las *revolving doors* presentan es “(...) el conflicto de intereses, o mas bien el de la captura del interés público por el privado, dado que el segundo suele ser – en términos económicos – el mas interesante, y por tanto el que prevalece”. Ver Elisa de la Nuez Sánchez–Cascado (2016), obtenido de: <http://hayderecho.com/2016/05/17/de-nuevo-sobre-el-revolving-door-la-actual-regulacion-en-relacion-con-los-altos-cargos-de-la-age-y-su-grado-de-efectividad/>, de 17 de mayo de 2016 (última visita: 2/7/2016).



## **RECOMENDACIONES**

---

Las recomendaciones que sugiero luego de haber realizado el presente trabajo son las siguientes:

1. Identificar estándares globales de regulación y adecuar dichos parámetros de regulación a cada país estudiado de modo que sean los mismos, dado que hoy en día estamos frente a una economía global de mercado y el propósito de su implantación de los OR a lo largo de la doctrina es el mismo.
2. Fortalecer la institucionalidad de los OR y empoderarlos de modo gradual, dándoles mayor autonomía administrativa y económica.
3. Exigir que los procesos de selección de los miembros del Consejo Directivo de los OR sean más transparentes, sujetos a un corto sistema de tacha y además pasen por el escrutinio del Congreso de la República (al menos para el Parlamento peruano), para obtener el correspondiente veto sobre las personalidades que en el participan.
4. Hacer un análisis comparativo de los OR de los servicios de red en Sudamérica a efectos de estandarizar un modelo de regulación, actuación y organización al interno de los mencionados reguladores.
5. Solicitar la realización de un estudio del “nivel de satisfacción” de los usuarios que acuden a los OR para saber si es que están conformes con los servicios integrales que ofrecen.
6. Para el caso peruano, recomiendo el estudio del impacto y consecuencias de la inaplicabilidad de la ley de contrataciones y adquisiciones del estado por parte de los OR.
7. Para el sistema peruano, otorgar, vía delegación, facultades a los OR para poder exonerar de los procesos de selección y contratación de

personal, bienes y servicios sujetos a control de la Oficina de Control Interno (OCI).

8. Que los nuevos parlamentarios ad portas de asumir funciones en el Congreso de la República del Perú periodo julio 2016-julio 2021, retomen el estudio que permanece aún en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, y que afecta a los siguientes:

- P.L N° 03558, de 5 de junio de 2014, propone facultar a los organismos reguladores para sancionar a las empresas bajo su supervisión que presten un servicio no idóneo a los usuarios de manera particular.
- P.L N° 02466, de 16 de julio de 2013, propone establecer que los organismos reguladores estén obligados a informar anualmente al Congreso de la República sobre el cumplimiento de sus funciones.
- P.L N° 02074, de 4 de abril de 2013, propone garantizar el cumplimiento de las sanciones pecunarias impuestas por los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos.
- P.L N° 01056, de 3 de mayo de 2012, propone establecer las normas y disposiciones que permitan fortalecer los mecanismos de regulación en los servicios públicos, con la finalidad de promover la eficiencia en la estructura administrativa, funcional, técnica, económica y financiera en los organismos reguladores.
- P.L N° 00878, de 9 de marzo de 2012, propone fortalecer la autonomía y estabilidad institucional de los organismos

reguladores de la inversión privada en los servicios públicos, para el mejor desempeño de sus funciones, la eficacia del servicio y el bienestar para los usuarios.

- P.L N° 00330, de 7 de octubre de 2011, propone modificar el artículo 6 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los organismos reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, referente a la designación de los miembros del Consejo Directivo.

9. Una propuesta para el caso peruano descansaría en el progresivo fortalecimiento institucional de los OR, junto a la transparencia en sus portales web de toda su actividad sectorial, menos control por parte del Ejecutivo en cuanto a los recursos que manejan, teniendo una flexibilización al momento de contratar bienes y servicios.

En ese orden de ideas (en el caso peruano) se hace completamente necesario “compilar y refundir” los textos normativos por sector, de modo que guarde una coherencia uniforme y pueda tenerse en claro los objetivos, intereses y marco de acción de los mismos, de modo que despeje dudas en cuanto a posibles colisiones con la Constitución.



## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. 2013. *Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuesta de mejora*. Edit. ESAN. Lima.

AA.VV. 2012. “La refundición de los reguladores”. En *Regular en tiempo de crisis*. Edit. Círculo Cívico de Opinión. Madrid. pp. 5-15. Obtenido de: [http://www.circulocivicodeopinion.es/cyp\\_detalle.asp?nav=4&id=4&numcuadernos=4&numposiciones=1](http://www.circulocivicodeopinion.es/cyp_detalle.asp?nav=4&id=4&numcuadernos=4&numposiciones=1) (última visita:20/12/2015).

AA.VV. 2004. *Experiencias de regulación en el Perú*. FERNÁNDEZ-BACA, J (Editor). Edit. UP-CENDI. Lima.

AA.VV. 2004. *Federalismo y Autonomía*. ENRIC ARGULLOL MURGADAS (Director), Edit. Ariel. Barcelona.

AA.VV. 1998. *Las crisis del Presidencialismo. Volumen 2: El caso de Latinoamérica*. LINZ, J.J; VALENZUELA, A. (Comps). Edit. Alianza - Universitaria. Madrid.

ABRUÑA PUYOL, A. 2010. *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Edit. Palestra Editores. Lima.

ALBERTÍ ROVIRA, E. 2004. “La Constitución económica de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 71. pp. 123-159.

ACIERNO, S; BAQUERO CRUZ, J. 2004. “La sentencia Almark sobre ayudas del Estado y servicios públicos”. *Revista Española de Derecho Europeo*. núm. 9. pp. 169-190.

ALCÁZAR, L; LOVATÓN, R. 2003. *La concesión de los puertos en el Perú: ¿quién ganó y quién perdió con la concesión del puerto de Matarani?. Informe final*. Edit. Grupo de Análisis para el Desarrollo. Lima.

ALCÁZAR, L; POLLAROLO, P. 2000. *La regulación y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y electricidad un análisis institucional comparativo*. Documento de Trabajo N° 5. Edit. Instituto Apoyo. Lima.

ALLENDESALAZAR CORCHO, R. 2013. “Pistoletazo de salida a la creación de la CNMC”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. núm. 34, pp. 5-9.

ANCOS FRANCO, H. 2007. *La liberalización de las telecomunicaciones en la Unión Europea*. Edit. Instituto de Estudios Económicos. Madrid.

ARAGÓN REYES, M. 2009. “Del Estado intervencionista al Estado regulador”. En *Tratado de regulación del sector eléctrico*. Tomo I. Edit. Thomson Reuters – Aranzadi. Pamplona. pp. 27-48.

ARIÑO ORTIZ, G; DE LA CUÉTARA, J.M. 2012. *Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión*. Edit. Working Paper. núm. 42. Obtenido de: <http://www.arinoyvillar.com/wpweb/WP42.pdf>

ARIÑO ORTIZ, G. 2011a. “Lección 32. El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del estado de derecho”. En *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. Edit. Iustel – Fundación de Estudios de Regulación. Madrid. pp. 923-947.

2011b. “Lección 28. Seguridad jurídica, instituciones reguladoras y renegociación de los contratos”. En *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. Edit.

Iustel – Fundación de Estudios de Regulación. Madrid.  
pp. 841-877.

2010. “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del estado de derecho”. *Revista de Administración Pública*. núm. 182, pp. 9-37.

2009a. “Intervención del Estado en las operaciones corporativas: la función 14<sup>a</sup>. de la CNE”. En *Derecho de la regulación económica*. Volumen III. Tomo I: Sector energético. Edit. Iustel – Instituto Ortega y Gasset. Madrid. pp. 159-200.

2009b. “Comisiones reguladoras una vergüenza”. *Diario Expansión*. Publicación (en línea) de 18/7/09. Madrid. Obtenido de:  
<http://www.expansion.com/2009/07/17/opinion/1247861372.html> (última visita: 7/10/2013).

ARIÑO ORTIZ, G; DEL GUAYO CASTIELLA, I. 2008. “La autorización de la Comisión nacional de energía para la toma de participación de sociedades reguladas o en sociedades reguladas (la función decimocuarta)”. En Epílogo de la obra *Comisión Nacional de la Energía. Naturaleza, funciones y régimen jurídico* (NAVARRO RODRIGUEZ, P.). Edit. Marcial Pons. Madrid. pp. 335-378

ARIÑO ORTIZ, G. 2004. *Principios de derecho público económico*. Edit. ARA. Madrid.

ARIÑO ORTIZ, G; LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L. 2003 (2<sup>a</sup> ed.). *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*. Edit. Comares. Granada.

ARIÑO ORTIZ, G. 1996. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Edit. Abaco de Rodolfo DePalma. Buenos Aires.

AVENZUELA CARCEL, J. 2012. “Las Agencias Europeas”. En *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCIA, J.E. (Director). LORENZANA TENORIO, A y ORTIZ LAVERDE, S.M. (Coordinadores). Edit. Thomson Reuters – Civitas. Pamplona.

AZIZ NASSIF, A. 2013. “Tipos de presidencialismo: México, Brasil y Argentina”. En *América Latina en la era posneoliberal: democracia, conflictos y desigual*. (Coord. MURAKAMI, Yusuke). Edit. IEP – CIAS. Lima. pp. 65-86.

BACA ONETO, V.S. 2009. “*Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano*”. En *Teoría de los Servicios Públicos*. VIGNOLO CUEVA, O. (Coordinador). Edit. Grijley. Lima. pp. 359-392.

BACIGALUPO SAGGESE, M. 2015. *Los reguladores independientes y la política*. El pensamiento económico al servicio de los ciudadanos. Edit. Economistas frente a la crisis. Obtenido de: <http://economistasfrentealacrisis.com/los-reguladores-independientes-y-la-politica/> (última visita: 20/7/2015).

2009. “La Unión Europea y las autoridades reguladoras de la energía (aportes del tercer paquete legislativo de la UE relativo al mercado interior de la energía al fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores nacionales)”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. núm. 16, pp. 185-193.

2008. “El Papel de los Reguladores en el Mercado Interior de la Electricidad”. *Noticias de la Unión Europea*. núm. 284. pp. 17-24.

BACIGALUPO SAGGESE, M; TABOADA ABADÍAS, R. 2007. *La intervención de la administración en la energía; parte especial de derecho administrativo: la intervención de la administración en la sociedad*. LINDE PANIAGUA, E. (Coordinador). Edit. Colex. Madrid. pp. 729-805.

BALBÍN, C. 2004. *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*. Edit. La Ley. Buenos Aires.

BEL I QUERALT, G; ESTRUCH MANJÓN, A. 2013. “Liberalización, privatización, desregulación”. En *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. RUIZ OJEDA, A. (Director). Edit. Iustel. Madrid. pp. 163-209. Obtenido de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4789261>

BEL QUERALT, G. 2000. “*Liberalización y competencia*”. *Claves de razón práctica*. núm. 105. pp. 23-29.

BERMEJO LATRE, J.L. 2014. “Reflexión sobre la Reforma del Estado”. *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*. núm. 1. Obtenido de: [http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path\[\]=684&path\[\]=showToc](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path[]=684&path[]=showToc)

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. 2010. *Regulación: mito y derecho. desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Edit. Thomson Reuters – Civitas. Pamplona.

1994. *Las administraciones independientes*. Edit. Tecnos. Madrid.

BOIX PALOP, A. 2001. "Licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción del servicio público". *Revista general de derecho*. núm. 680. pp. 3299-3341.

BONIFAZ, J; URRUNAGA, R. 2006. *Regulación y concesiones de servicios públicos*. Edit. CIES-UP. Lima.

BOTO ÁLVAREZ, A. 2015. "La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis". *Revista Digital de Derecho Administrativo*. núm. 13 (Enero-Junio). Universidad de Externado. pp. 45-61.

BRESSER PEREIRA, L.C. 1995. "La reforma del aparato del Estado y la constitución brasileña". En *Revista del CLAD: Reforma y Democracia*. núm. 4. Obtenido de: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao\\_10134\\_em\\_13\\_06\\_2011\\_15\\_06\\_49.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_10134_em_13_06_2011_15_06_49.pdf)

BROKELMANN, H. 2013. "La nueva CNMC y la seguridad jurídica". *Diario Cinco Días* de 3 de diciembre de 2013. p.16. Obtenido de: <http://www.mlab-abogados.com/wp-content/uploads/2013/12/Cinco-Dias-03.12.2013-La-nueva-CNMC-y-la-seguridad-juridica.pdf> (última visita: 15/2/2014).

2012. "Competencia y regulación en la nueva CNMC". *Diario Cinco Días* de 27 de febrero. p. 16. Obtenido de: <http://www.mlab-abogados.com/wp-content/uploads/2012/02/Articulo-HB-Cinco-Dias.pdf> (última visita: 15/2/2014).

CANO CAMPOS, T. 2009. "El marco general de la intervención pública en la economía y sus técnicas de intervención". En *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo*. Tomo VIII. Edit. Iustel. Madrid. pp. 13-49.

CARLÓN RUIZ, M. 2013. *Las dos caras de Jano: lo que el Derecho europeo tiene que decir respecto de la conveniencia entre regulación y competencia. Reflexiones al hilo de las Sentencias del Tribunal General de 29 de marzo de 2012 (Asuntos: T-336/07 y T-398/07)*. Edit. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid.

2012. “¿Crisis del servicio público en tiempos de crisis? algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas del Estado dirigidas a su financiación”. *Revista de Administración Pública*. núm. 189. pp. 75-103.

2007. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Edit. Thomson Reuters – Civitas. Pamplona.

2006. “El servicio universal de telecomunicaciones”. *Revista de Administración Pública*. núm. 171. pp. 35-78.

2000. “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. SOSA WAGNER, F. (Coordinador). Tomo III; Edit. Tirano lo Blanch. Valencia. pp. 2895-2924.

CASTELLANO TREVILLA, J.L. 2000. “Claves para un análisis técnico-jurídico de las telecomunicaciones”. En *Política y Derecho de las Telecomunicaciones en la Unión Europea*. Tomo I. Edit. Dykinson – Ministerio de Fomento. Madrid. pp. 145-175.

CASTILLO FREYRE, M; SABROSO MINAYA, R. 2011. *Arbitraje y regulación: el caso de OSITRAN*. Edit. Palestra – Estudio Mario Castillo Freyre. Lima.

CASSAGNE, J.C. 2010. *Derecho administrativo*. Edit. Palestra Editores. Lima.

2002. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”. *Revista de Administración Pública*. núm. 157. pp. 467-493.

2001. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en argentina”. *Revista de Administración Pública*. núm.154. pp. 441-461.

1996. “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado”. *Revista de Administración Pública*. núm. 140. pp. 95-110.

CHILLÓN MEDINA, J.M; ESCOBAR ROCA, G. 2001. *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*. Edit. Dykinson. Madrid.

CHONG, A; BENAVERES, J. 2007. “Privatización y regulación de América Latina”. En *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Edit. Banco Mundial – Mayol Editores. pp. 297-324. Obtenido de: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35383599>

COMADIRA, J.R. 2005. “Servicios públicos y regulación económica en la Argentina”. En *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruíz, responsabilidad, contratos y servicios públicos*. CIENFUEGOS SALGADO,



D; LÓPEZ OLIVERA, M.A (Coordinadores). Edit. UNAM. México DF. pp. 135-203.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ). 1998. *Servicios Públicos: Privatización, Regulación y Protección al usuario en Chile, Colombia y Perú*. Edit. CAJ. Lima.

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2012. *Reforma de las Administraciones Públicas*. Edit. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Madrid. Disponible soporte electrónico en pdf: [http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc157140\\_Informe\\_de\\_la\\_Comision\\_de\\_Reforma\\_de\\_la\\_Administraciones\\_Publicas\\_%28CORA%29.pdf](http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc157140_Informe_de_la_Comision_de_Reforma_de_la_Administraciones_Publicas_%28CORA%29.pdf) (última visita: 21/7/2015).

COSTAS, A. “Una fusión explosiva”. *Diario EL PAÍS* de 3 de marzo de 2013. Obtenido de: [http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382\\_919892.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html) (última visita: 14/5/2014).

COTLER J; GROMPONE, R. 2000. *El Fujimorismo y caída de un régimen autoritario*. Edit. Instituto de Estudios Peruanos. Lima.

CUCHILLO FOIX, M; LOMBARD, M. 2006. “Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne”. En *Régulation Economique et Démocratie Politiqué*. LOMBARD, M. (Directora). Edit. Dalloz. Paris. pp. 97-131.

DANOS ORDÓÑEZ, J. 2009. “El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana”. En *Teoría de los Servicios Público*. CUEVA ORLANDO, V. (Coordinación). Edit. Grijley. Lima – Perú. pp.13-30.

2004a. “Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios”. *Revista peruana de derecho de la empresa* núm. 57, pp. 59-94

2004b. “Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú”. En *Derecho Administrativo*. Edit. Jurista Editores – Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Lima. pp. 414-456.

DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. 2012. “A la Confusión por la Fusión”. *Diario El País* de 22 de abril de 2012. Obtenido de: [http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051\\_273410.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html)

2009. “Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios”. En *Derecho de la regulación económica. Volumen IV: Telecomunicaciones*. Muñoz Machado, S. (Director). Edit. Iustel – Instituto Ortega y Gasset. Madrid. pp. 661-723.

2000. “Constitución y Modelo Económico Liberalizador”. En *Cuadernos de Derecho Público*. núm. 9. pp. 27-48.

DE LA CRUZ FERRER, J. 1999. *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ –CASCADO, E. 2016. “De nuevo sobre el “revolving door”. La actual regulación en relación con los altos cargos de la AGE y su grado de efectividad”. ¿Hay derecho?, de 17 de mayo de 2016.

Obtenido de: <http://hayderecho.com/2016/05/17/de-nuevo-sobre-el-revolving-door-la-actual-regulacion-en-relacion-con-los-altos-cargos-de-la-age-y-su-grado-de-efectividad/> (última visita: 2/7/2016).

DEL GUAYO CASTIELLA, I. 2012. "Régimen jurídico de la Comisión nacional de energía en la ley de economía sostenible. Especial referencia a la función decimocuarta". En *Liber amicorum al Prof. Dr. D. Enrique Rivero Yrsen*. Edit. Ratio Legis – USAL. Salamanca. pp. 679-694

2006. "La regulación económica como alternativa". *Revista Española de Derecho Administrativo*. núm. 130. pp. 227-254.

DIEZ-PICAZO, L.M. 2009. "Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario". En *Derecho de la regulación económica. Volumen I: Fundamentos e Instituciones de la regulación*. MUÑOZ MACHADO, S.; ESTEVE PARDO, J. (Directores). Edit. Iustel - Instituto Ortega y Gasset. Madrid. pp. 409-424.

2002. "La idea de servicios de interés económico general". *Revista española de Derecho Europeo*. núm. 2. pp. 249-258.

DREYFUS, J.D. 2006. *Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI)?*. Edit. Dalloz. Paris. pp.7-13.

EGÚSQUIZA MORI, M.L. 2010. *Análisis de los pronunciamientos judiciales emitidos en procesos contencioso administrativos sobre impugnación de resoluciones de las instancias de solución de controversias*. Edit. Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Tribunal de Solución de Controversias. Lima. pp.41. Obtenido de:

[https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info\\_empresas/Solucion\\_controversias/documento%20de%20trabajo\\_anexos.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Solucion_controversias/documento%20de%20trabajo_anexos.pdf)

ESTEVE PARDO, J. 2014. "Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre el estado y sociedad". *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*. núm. 1. Obtenido de: [http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path\[\]=684&path\[\]=showToc](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path[]=684&path[]=showToc)

2007. "La regulación de la economía desde el estado garante". La autonomía municipal administración y regulación económica títulos académicos y profesionales". *Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho administrativo*. Edit. AEPDA. Madrid.

ESTOA PÉREZ, A. 2014. "La CNMC y la regulación del sector energético". *Revista Andaluza de Administración Pública*. núm. 90. pp. 91-122.

FERNANDO PABLO, M.M. 2000. "El poder regulador del mercado de las telecomunicaciones". En *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*. SOSA WAGNER, F. (Coordinador). Edit. Tiran lo Blanch. pp. 2853-2893.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. 2006. "La Administración Pública y las reglas de la externalización". *Revista Justicia Administrativa*. núm. 33. pp. 5-28.

2003. "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones"; *Cuadernos de derecho judicial*. núm. 6. pp. 57-76.

2003.a. "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la

nueva economía”. *Revista Justicia Administrativa*.  
núm. 18. pp. 7-21.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y. 2004. “El servicio público en el derecho de la Unión Europea”. *Revista de derecho de la Unión Europea*. núm. 7. pp. 69-96.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A. 2004. “La necesidad de avanzar en la regulación económica internacional”. En *Las Nuevas fronteras del servicio público ante la Globalización*. CASTELLS, A; DURÁN, J.M. (Coordinadores). Edit. Marcial Pons. Madrid.

1999. “Reflexión preliminar”. En “*La regulación económica de los servicios públicos*”. LASHERAS MERINO, M.A (autor). Edit. Ariel. Barcelona. pp. 5-11.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 2006. *Curso de Derecho Administrativo*. Edit. Palestra Editores - Editorial Temis. Lima – Bogotá.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR. 1999. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. *Revista de Administración Pública*. núm. 150. pp. 57-113.

FISCHER, R; SERRA, P. 2004. *Efectos de la privatización de servicios públicos Chile: caso sanitario, electricidad y telecomunicaciones*. Edit. Banco Interamericano de Desarrollo BID, p.106. Obtenido de: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.Asp?docnum=425178> (última visita: 8/8/2014).

FORNO FLORES, G. 2012 (2ª ed.). *Manual de comisiones*. Edit. AECI – Congreso de la República – Oficialia mayor. Lima

GAGLIUFFI PIERCECHI, I. 2006. “Viaje a la semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo N° 701?”. En *Libro homenaje por los XXV años de la Facultad de Derecho*. Edit. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima.

GALLEGO ANABITARTE, A. 1999. “La nueva regulación del mercado del gas natural”. *Revista de Administración Pública*. núm. 148. pp. 41-61.

GAMERO CASADO, E; FERNÁNDEZ RAMOS, S. 2008 (5ª ed.). *Manual básico de Derecho Administrativo*. Edit. Tecnos. Madrid.

GARCÍA ÁLVAREZ, G. 2014. “La Unión Europea como “Estado regulador” y de las administraciones independientes”. *Revista de Administración Pública*. núm. 194. pp. 79-111.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1994. “Historia de la Compañía Sevillana de Electricidad (1894-1983)”. En *Compañía Sevillana de Electricidad. 100 años de historia*. Edit. ENDESA – Sevillana de Electricidad. Sevilla. pp.101-107.

GARCÍA HERRERA, M.A; MAESTRO BUELGA, G. 2013. “Del federalismo competitivo al federalismo global del mercado”. *Revista de derecho político* núm. 88. pp. 13-49.

GARCÍA HERRERA, M.A; MAESTRO BUELGA, G. 2006. “Dirección económica y mercado en la constitución europea”. *Cuestiones constitucionales*. núm. 15. pp. 137-175.

GARCÍA HERRERA, M.A; CORCUERA ATIENZA, J. 1988. “Prólogo”. En *Constitución y economía en España: gobierno de la economía y administraciones públicas*. García Herrera, M.A; Corcuera Atienza, J. (Coordinadores). Edit. HAEE-IVAP. Bilbao. pp.19-22.

GARCÍA TOMA, V. 2006. *Legislativo y ejecutivo en el Perú*. Edit. Jurista Editores. Lima.

GAROUPA, N. 2010. “Organismos reguladores”. En *La ley de economía sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*. Edit. University Of Illinois & FEDEA. Madrid. pp. 18-19.

GARRIDO FALLA, F. 2002a (13ª ed.). *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*. Vol. II. Edit. Tecnos. Madrid.

2002b (13ª ed.). *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*. Vol. I. Edit. Tecnos. Madrid.

GIL y GIL, J.L. 2000. “Las Comisiones parlamentarias de investigación”. *Revista de relaciones laborales – proyecto social*. núm. 8. pp. 147- 162. Obtenido de: [file:///C:/Users/Mirko/Downloads/Dialnet-LasComisionesParlamentariasDeInvestigacion-229765%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Mirko/Downloads/Dialnet-LasComisionesParlamentariasDeInvestigacion-229765%20(2).pdf) (última de visita: 19/2/14).

GIMENO FELIU, J.M. 2012. “Hacia una Directiva de mercado interior de la energía”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. núm. 153. pp. 17-31.

GÓMEZ ALESSANDRI, J. 2013. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: planteamientos iniciales y resultados”. *Diario LA LEY*. núm. 8168, de 11 de octubre de 2013. pp. 1-19.

GORDILLO, A. 2003. *Tratado de Derecho Administrativo (Vol. I)*. Edit. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires.

GONZÁLEZ CUETO, T. 2013. “La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: el macro regulador hispano”. *Hay Derecho*. Publicado el 14 de marzo de 2013. Obtenido de: <http://hayderecho.com/2013/03/14/la->

COMISIÓN-nacional-de-los-mercados-y-de-la-competencia-el-macro-regulador-hispano/ (última visita: 12/2/2014).

GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRIGUEZ, C; GARRIDO DE LAS HERAS, S. 2013. "La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia". HOGAN LOVELLS. pp. 1-12. Obtenido de: <http://www.hoganlovells.com/files/Publication/f8698cfd-2191-4b14-8f4e-486cd5edd84a/Presentation/PublicationAttachment/4a58599e-cc9f-483b-9fb2-508fc3bb393c/La%20nueva%20Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20los%20Mercados%20y%20la%20Competencia.pdf> (última visita: 13/2/2014).

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. 2005 (3ª ed.). *La repercusión del derecho comunitario sobre el servicio público. Los servicios o mercados de interés general. El derecho administrativo europeo*. Edit. Instituto Andaluz de Administración Pública. pp. 165-212.

2004. "Liberalización y privatización de los servicios postales". *Revista de derecho de la Unión Europea*. núm. 7. pp 219-234.

2001. ¿Del servicio público a los mercados de interés general?. *Cuadernos de derecho público*. núm. 12. pp. 63-78.

GUASCH, J. 2006. "La prestación de servicios públicos: el uso de concesiones y asociaciones público-privadas". En *Perú: la oportunidad de un país diferente, prospero, equitativo y gobernable*. MARCELO M. GIUGALE, VICENTE FRETES JOHN L. CIBILS, NEWMAN (Coordinadores.) Edit. Banco Mundial. Washington. D.C. pp. 167-187.

GUARNIDO RUEDA, A; JAÉN GARCÍA, M; AMATE FORTES, I. 2007. *La desregulación y privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*. Edit. Universidad de Almería; Almería.



HERNÁNDEZ CASTILLA, N; LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L. 2000. *Privatizaciones, liberalización y bienestar*. Edit. Comares. Granada.

HERNÁNDEZ – MENDIBLE, V.R. 2009. *Telecomunicaciones, regulación y competencia*. Edit. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas - Venezuela.

IZAGUIRRE, K. 1995. “La privatización de las telecomunicaciones”. En *Implementación de las políticas públicas en el Perú*. ÁLVAREZ RODRICH, A; ORTIZ DE ZEVALLOS, G. (Editores). Edit. Apoyo. Lima. pp 26-46.

JIMÉNEZ GUANIPA, H. 2006. *Derecho de la energía en Venezuela (Petróleo, Gas y Electricidad)*. Edit. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

JIMÉNEZ NIETO, J.I. 1978. *Teoría administrativa de gobierno*. Volumen I; Edit. Tecnos; Madrid.

JORDANA CASAJUANA, J; LEVI-FAUR, D. 2005. “¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericano?. La difusión de agencias autónomas por países y sectores”. *Documentos CIDOB – América – Latina*. núm. 7. Edit. CIDOB Ediciones. Barcelona.

KRESALJA, B; OCHOA, C. 2009. *Derecho constitucional económico*. Edit. Fondo editorial-PUCP. Lima.

KRUGMAN, P; WELLS, R; OLNEY, M. 2012. *Introducción a la economía*. Editorial Reverté. Barcelona.

KUCZYNSKI, P.P; WILLIAMSON, J. 2003. *Después del Consenso de Washington relanzando el crecimiento y las reformas en América latina*. Edit. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima.

LAGUNA DE PAZ, J.C. 2011. “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”. *Revista de Administración Pública*. núm. 185. pp. 89-112.

2009. “El servicio universal”. En *Derecho de la regulación económica. Volumen IV: Telecomunicaciones*. TOMÁS DE LA CUADRA - SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (Director); Edit. Iustel – Instituto Ortega y Gasset. Madrid. pp. 389-431.

2007. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*. Edit. Thomson Reuters – Aranzadi. Pamplona.

LASHERAS MERINO, M.A. 1999. *La regulación económica de los servicios públicos*. Edit. Ariel. Barcelona.

LAVILLA RUBIRA, J.J. 2014. “Organización y funciones de la CNMC”. En *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. CARLÓN RUÍZ, M (Director). Edit. Thomson Reuters – Civitas. Pamplona. pp. 657-700.

LEAL, S. 2003. “O papel das agências reguladoras no brasil: os paradoxos da atuação da agência nacional de telecomunicações – ANATEL”. En *XXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – BH/MG – 02 a 06 Set 2003*. INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. Brasília.

LINDE PANIAGUA, E. 2004. “La retirada del estado de la sociedad: privatizaciones y liberalizaciones de los servicios públicos”. *Revista de derecho de la Unión Europea*. núm. 7. pp. 31-68.

LYNCH GAMERO, N. 1999. *Una tragedia sin héroes. La derrota de los partidos y el origen de los independientes. Perú 1980-1992*. Edit. Fondo Editorial - Universidad Mayor de San Marcos. Lima.

LÓPEZ DE LERMA i LOPEZ, J. 2002. “Agencias independientes, origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario”. *Revista de las Cortes Generales*. núm. 56. pp. 9-43.

LÓPEZ GALDÓS, M. 2013. “Proyecto de Ley para la Creación de la Comisión de Mercados y Competencia: comentario desde una perspectiva institucional comparada”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. núm. 31. pp. 91-105.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. 1997. “La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. núm. 94. pp. 149-176.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. 2011. “Reseña de la economía sostenible”. *Extoikos*. núm. 2. pp. 89-91. Disponible en la versión electrónica de Dialnet. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=1974220> (última visita: 5/2/2014).

LÓPEZ RAMÓN, F. 1991. “El Consejo de Seguridad Nuclear un ejemplo de administración independiente”. *Revista de Administración Pública*. núm. 126. pp. 189-216.

MAESTRO BUELGA, G. 2008. “Constitución Económica y Modelo Social Europeo”. *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*. núm. 15. pp. 49-82.

2007. “Estado de Mercado y Constitución Económica”. *Revista de Derecho Constitucional*. núm. 8. pp. 43-73.

2002. “Constitución Económica e Integración Europea”. *Revista de Derecho Político*. núm. 54. pp. 33-112.

2001. “Globalización y constitución débil”. *Revista de teoría y realidad constitucional*. núm. 7. pp. 137-172.

2000. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *Revista de derecho comunitario europeo*. núm. 7. año nº 4, pp. 123-154.

MAGIDE HERRERO, M. 2013. “La nueva Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia”. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*. núm. 35. pp.118-121. Obtenido de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3916/documento/fe7.pdf?id=4803> (última visita: 5/9/2015).

2003. “La potestad reglamentaria de las administraciones independientes: sus límites constitucionales”. *Derecho Europeo Comparado sobre la Ley y Reglamento*. ROSADO PACHECO, S. (Coordinador). Edit. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. pp. 281-294.

2000. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Edit. INAP. Madrid.

MALARET GARCÍA, E. 2007. “Administración pública y regulación económica”. En *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*. Edit. Thomson Reuters – Aranzadi. Pamplona. pp. 127-162.

2003. “Autoridades independientes y justicia administrativa”. En *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Edit. Atelier. Barcelona. pp. 745-768.

1998. “Servicios públicos, funciones públicas garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto”. *Revista de Administración Pública*. núm. 145. pp. 49-87.

1991. *Régimen Jurídico-Administrativo de la Reconversión Industrial*. Edit. Civitas. Madrid.

MANKIWI, G. 2012 (6ª ed.). *Principios de economía*. Edit. Cengage Learning Editores. México D.F.

MANTECA VALDELANDE, V. 2007. “La calidad de los servicios públicos en la Administración Pública española”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. núm. 66. pp. 253-301.

MARCONDES MARTIN, R. 2011. *Regulación administrativa a la luz de la constitución federal*. Edit. Malheiros Editores. Sao Paulo.

MARÍN QUEMADA, J.A. 2014. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: una nueva etapa para la competencia y la supervisión regulatoria en España”. *Revista ICE*. núm. 876. pp. 7-15. Obtenido de: [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_876\\_7-16\\_\\_2F7482B9423EBC6E6728F52A8A11460E.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_7-16__2F7482B9423EBC6E6728F52A8A11460E.pdf)

MARTÍ DEL MORAL, A; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. 2003. “La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de telecomunicaciones,

radio y televisión”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Vol. II. núm. extraordinario 2. pp. 537-563.

2000. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Edit. INAP. Madrid.

MARTÍ SÁNCHEZ, S. 2006. “Las Agencias administrativas en Estados Unidos”. *Revista de las Cortes Generales*. núm. 67. pp 97-136.

MARTÍN REBOLLO, L. 2003. “Sociedad, economía y estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”. En *Estudios de derecho público económico libro homenaje al Prof. D. Sebastian Martín Retortillo*. MARTÍN REBOLLO, L; COSCUELLA MONTANER, L. (Coordinadores.). Edit. Civitas. Madrid. pp 641-648.

MARTÍN RETORTILLO, B. 2003. “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”. En *Estudios de derecho público económico libro homenaje al Prof. D. Sebastian Martín Retortillo*. MARTÍN REBOLLO, L; COSCUELLA MONTANER, L. (Coordinadores). Edit. Civitas. Madrid. pp. 493-523.

MARTÍNEZ – ALONSO CAMPS, J.L. 2007. *Los servicios públicos locales*. Edit. Bayer – Hnos. Barcelona.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. 2000a. “Servicio público, servicio público universal y obligación de servicio público en la perspectiva del derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. núm. 39. pp 25-54.

2000b. “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red. (A propósito de la nueva ley general de telecomunicaciones y su sistema

conceptual)". En *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*. SOSA WAGNER, F. (Coordinador) Tomo I. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. pp. 2795-2823.

MEILAN GIL, J.L. 2010. *Los órganos reguladores de España notas sobre una posible reforma*. Edit. Ciudadanía & Valores. Madrid. Obtenido de: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1265202359\\_documento\\_para\\_el\\_debate\\_web.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1265202359_documento_para_el_debate_web.pdf) (última visita: 30/1/2015).

2005. "El servicio público en el contexto constitucional y comunitario". *Anuario da facultad de dereito da universidade da Coruña*. núm. 9. pp. 527-542.

MENÉNDEZ REXACH, A. 2011. "La Potestad Reglamentaria del Gobierno en La Constitución Española: Notas para una Nueva Reflexión". *Revista de Derecho Administrativo*. núm. 52. pp. 7-24.

MINDREAU MONTERO, M. 2005. *Del GATT a la OMC (1947-2005): la economía política internacional del sistema multilateral de comercio*. Edit. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico CIU-UP. Lima.

MONTERO PASCUAL, J.J. 2014.a. "La actividad administrativa de la Regulación: Definición y régimen jurídico". *Revista Digital de Derecho Administrativo*. núm. 12. pp. 23-44.

2014.b. *Regulación Económica. La Actividad administrativa de regulación de los mercados*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 198 pp.

2013. "Regulación económica y Derecho de la Competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los modelos de interés

general”. En *Fundamentos de Regulación y Competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. RUIZ OJEDA, A. (Director). Edit. Iustel. pp. 81-111.

2009a. “Régimen jurídico de los servicios de interés económico general”. En *Financiación de las obligaciones de servicio público*. Edit. Tirant lo Blanch – UNED. Valencia. pp. 13-37.

2009b. “La financiación del servicio universal de telecomunicaciones”. En *Financiación de las obligaciones de servicio público*. Edit. Tirant lo Blanch – UNED. Valencia. pp. 69-97.

2007. “La intervención del Estado en telecomunicaciones”. En *Derecho administrativo: la intervención de la administración en la sociedad*. LINDE PANIAGUA, E. (Coordinador). Edit. COLEX. Madrid. pp. 807-852.

2005. *La liberalización de los servicios postales*. Edit. Trotta. Madrid.

2004. “Telecomunicaciones: servicios de interés general”. *Revista de derecho de la Unión Europea*. núm. 7. pp. 235-255.

MUÑOZ CATALÁN, E. 2014. “Recesión del libro de J.J. Montero Pascual: Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 198”. *FORO. Revista de ciencias jurídicas y sociales nueva época*. Vol. 17. núm. 2. pp. 505-507.



MUÑOZ MACHADO, S. 2009a. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En *Derecho de la regulación económica. Volumen I: fundamentos e Instituciones de la regulación*. MUÑOZ MACHADO, S, ESTEVE PARDO, J. (Directores). Edit. Iustel – Inst. Ortega y Gasset. Madrid. pp.15-243.

2009b. “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”. En *Derecho de la Regulación Económica. Volumen III: Sector Energético. Tomo I*. MUÑOZ MACHADO, S, SERRANO GONZÁLEZ, BACIGALUPO SAGGESE, M. (Directores). Edit. Iustel – Inst. Ortega y Gasset. Madrid. pp.17-52.

2009c. “Los Principios del Derecho de la Regulación: La actividad de las Agencias y su control”. *Revista General de Derecho Administrativo*. núm. 20. pp. 1-30.

MURAKAMI, Y. 2013. “Neoliberalismo, sistema de partidos políticos y giro a la izquierda: dinámica política en la América Latina posliberal”. En *América Latina en la era posneoliberal: democracia, conflictos y desigual*. MURAKAMI, Y. (Coordinador). Edit. IEP – CIAS. Lima. pp. 9-61.

NALLAR, D.M. 1999. *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*. Edit. Depalma. Buenos Aires.

NAVAJAS REBOLLAR, M. 2000. *La nueva administración instrumental*. Edit. Colex. Madrid.

NAVARRO RODRIGUEZ, P. 2014a. “La Nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Naturaleza, Régimen Jurídico e Independencia (Parte I)”. En *La Administración al día - INAP de 3 de enero de 2014*.

(Disponible en versión electrónica:<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1502420> ;

2014b. “La Nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Naturaleza, Régimen Jurídico e Independencia (Parte II)”. En *La Administración al día - INAP de 10 de enero de 2014*. Disponible en versión electrónica:

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1502431>).

2012. “La reforma de los organismos reguladores en España”. *Revista actualidad administrativa*. núm.12. Edit. Wolters Kluwer – La Ley.

2008. *La Comisión Nacional de la Energía, naturaleza, funciones y régimen jurídico*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

NEBREDÁ PERÉZ, J.M. 2002. “Arbitraje y entes reguladores”. *Revista del derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red (REDETI)*. núm. 13. pp. 39-68.

NEGRETTO, G.L. 2009. “Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América latina”. En *El Estado de Derecho: dilemas para América Latina*. Edit. Palestra Editores. Lima. pp. 183-221.

ORTIZ LAVERDE, S.M. 2015. “Apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España”. Recensión a la obra *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. CARLÓN RUÍZ, M. (Directora). *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Núm. 14. Segundo Semestre 2015. Obtenido de:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4299> (última visita: 2/2/2016).

2014. *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión de los Mercados y la Competencia CNMC*. Edit. Repositorio digital de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid.

Obtenido de: <http://eprints.ucm.es/28137/> (última visita: 2/2/2016).

PADRÓS REIG, C. 2013. "Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC): FAQ". *Anuario de la competencia*. núm. 1. pp. 67-118.

PARADA VASQUEZ, R. 2010 (13ª ed.). *Derecho administrativo I. Parte general*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

PARAMIO RODRIGO, L. 1999a. *Las dimensiones políticas de las reformas económicas en América Latina*. Edit. Consejo Superior de Investigaciones Políticas. Madrid.

1999b. *La democracia tras las reformas económicas en América Latina*. Edit. Consejo Superior de Investigaciones Políticas. Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. 2008. *Crisis y renovación en el derecho público*. Edit. Palestra Editores. Lima

2004. "Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros". *Revista de derecho de la Unión Europea*. núm. 7. pp. 51-68.

2000. “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”. *Revista de Administración Pública*. núm. 153. pp. 217-249.

1994. “La potestad normativa de las administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”. En *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Volumen. I. Edit. Civitas. Madrid. pp. 635-657.

PAUNER CHULVI, C. 2010. “Nuevas y viejas cuestiones en torno a las cuestiones parlamentarias”. En *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Edit. CEPC. Madrid. pp. 56-114.

PEREIRA MENAUT, A.C. 2006. *Teoría constitucional*. Edit. Lexis Nexis. Santiago de Chile.

PÉREZ DE URALDE, J.M. 2012. “Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social: ¿su aplicación es cosa de todos? (pregunta retórica)”. *Revista de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto*. núm.1. pp. 79-92.

PEREZ LUÑO, A.E. 2012 (11ª ed.). *Teoría del derecho. una concepción de la experiencia jurídica*. Edit. Tecnos.. Madrid.

PÉREZ ROYO, J. 2005. *Curso de derecho constitucional*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

PEITZ, M. 2001. “Competencia y regulación de la interconexión en los mercados de telecomunicación”. *Revista de economía industrial*. núm. 339. pp. 95-104.

PIMIENTO ECHEVERRI, J. 2013. “La regulación: análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de regulación de comunicaciones”. *Revista digital de Derecho administrativo*. núm. 9. pp 15-40. Publicado en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2307175](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307175) (última visita: 24/12/2013).

PORRAS NADALES, A. 2015. “El papel de la esfera pública ante la economía: nuevas reflexiones acerca del derecho regulatorio”. *Revista de Administración Pública*. núm. 168. pp. 13-50.

POSNER, R.A. 2013. *Análisis económico del derecho*. Edit. Fondo de Cultura Económica. 1era reimpresión. México D.F.

PRIORI POSADA, G. 2007. *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. Edit. ARA Editores. Lima.

RALLO LOMBARTE, A. 2014. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las Instituciones europeas sobre la independencia del regulador”. *Revista teoría y realidad constitucional*. núm. 34. pp. 193-234.

2012. “Política económica y derechos: la independencia de los reguladores (¿quo vadis?). Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011”. *Revista teoría y realidad constitucional*. núm. 30. pp. 225-258.

RAMIÓ MATAS, C. 2008. *La fortaleza institucional de las Agencias reguladoras de américa latina. Especial referencia a los casos del Perú y de República Dominicana*. Edit. UIM. Granada.

RAZ, J. 2009. "El Estado de derecho y su virtud". En *El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*. CARBONELL, M; VÁSQUEZ, R (Coords). Edit. Palestra Editores. Lima. pp. 13-41.

RAMOS SUYO, J.A. 2011. *¡Gradúese! de Magister y Doctor, en ciencias jurídicas*. Edit. Grijley, Lima.

2012a. *Elabore su tesis en Derecho: pre y postgrado*. Edit. SAN MARCOS, Lima.

2012b. *Estructure el marco teórico de su tesis de postgrado en Derecho, labore su tesis en Derecho*. Edit. Grijley. Lima.

RIVERO YSERN, E; FERNANDO PABLO, M. 2011. *Equidad, derecho administrativo y administración pública en España*. Edit. Andavira. Santiago de Compostela.

RIVERO ORTEGA, R. 2008. "Prologo: El derecho público económico del siglo xxi en Europa y América Latina". En *Derecho Público Económico*. ORTIZ ZAMORA L. (Coordinador). Edit. Publicación Jurídica Continental. San José. pp.11-23.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; SENDIN GARCÍA, M.A. 2010. "El servicio público según Duguit ¿una referencia para un mundo en crisis?". *Revista jurídica de canarias*, núm. 18. pp. 51-66.

RODRÍGUEZ-CAMPOS GÓNZALEZ, S. 2005. "La regulación para la competencia". *Anuario de la facultad de derecho de Ourense*. núm. 1. pp. 525-542.

RODRIGUEZ GARCÍA, A. 2009. "La independencia del regulador sectorial en Venezuela: experiencia y perspectivas". En *Derecho Administrativo*

*Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia administrativa y Entes reguladores)*. Vol. II. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; BENAVIDES PINILLA, VL; SHEFFER TUÑON, J; SENDÍN GARCÍA, M.A (Directores). Edit. Congrex Panamá. pp. 513-530. Obtenido de: <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/versionelectronicaCongreso-vol2.pdf>

RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J. 1999. "Gobierno, política y administraciones: elemento de debates para las administraciones independientes". *Revista catalana de derecho público*. núm. 24. pp. 89-232.

ROLDÁN MARTÍN, A. 2000. "Los nuevos contornos del servicio público". *Cuadernos de derecho judicial*. núm. 12. pp. 15-56.

ROMÁN MÁRQUEZ, A. 2014. "La gestión indirecta de los servicios públicos. Algunos mecanismos de racionalización y control". *Revista Andaluza de Administración Pública*. núm. 89. pp. 111-152.

ROSENTHAL COUTINHO, D. 2003. *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*. Edit. Faculdade de Direito. Universidad de Sao Paulo. Sao Paulo.

RUBIO CORREA, M. 2012 (3ª ed.). *Para conocer la constitución de 1993*. Edit. Fondo editorial de la PUCP. Lima.

RUESGA, S.M; DA SILVA BICHARA, J. 2005. *Modelos de desarrollo económico en América Latina: desequilibrio externo y concentración de la riqueza*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

RUIZ OJEDA, A. 2013. "Sentido y funcionabilidad de la regulación procompetitiva: Una aproximación histórico-crítica". En *Fundamentos de la Regulación y competencia (El dialogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. RUIZ OJEDA, A. (Director). Edit. Iustel

Madrid. pp. 211-270. Obtenido de:  
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4789265>

SALA ARQUER, J.M. 1984. “El estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. núm. 42. pp. 401-422.

SALVADOR MARTÍNEZ, M. 2015. “Partidos políticos y Autoridades independientes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 104. pp. 83-99.

2002. *Autoridades independientes*. Edit. Ariel. Barcelona.

SÁNCHEZ MORÓN, M. 2014. “El impacto de las crisis económicas en las Instituciones españolas y europeas”. *Revista documentación administrativa. Nueva Época*. núm. 1. Obtenido de:  
[http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path\[\]=684&path\[\]=showToc](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path[]=684&path[]=showToc)

2013 (9ª ed.). *Derecho administrativo. Parte General*. Edit Tecnos. Madrid.

SANTA MARÍA PASTOR, J.A. 2013. “Prologo”. En *Los reglamentos de las Administraciones Independientes*. Edit. Thomson Reuters – Civitas. Pamplona. pp. 13-24.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. 2010. “Problemas de las designaciones parlamentarias en nuestro derecho”. En *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Edit. CEPC. Madrid. pp. 13-43.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, J. 2004. “Servicios públicos, regulación y constitución”. *Revista peruana de derecho de la empresa*. núm. 57. pp. 31-54.



SANZ LARRUGA, F.J. 2011. “Sostenibilidad Ambiental y Derecho administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o exigencia constitucional?. A propósito de la nueva Ley de economía sostenible”. *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*. núm.3 (mayo). pp. 1-9.

SARAVIA, E. 1995. “Procesos de privatización en Argentina y Brasil. Consecuencias en materia de desempeño empresarial y mercado de trabajo”. *Revista CLAD. Reforma y democracia*. núm. 4. Caracas.

SARMIENTO, D. 2009. “La recepción de las técnicas de regulación económica”. En *Derecho de la regulación económica. Volumen I: Fundamentos e Instituciones de la regulación*. MUÑOZ MACHADO, S, ESTEVE PARDO, J. (Directores). Edit. Iustel – Inst. Ortega y Gasset. Madrid. pp. 245-291

SCHMIDT-ASSMANN, E. 2003. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

SEBASTIÁN CARAZO, L. 2004. “El fracaso del Consenso de Washington”. En *Las nuevas fronteras del sector público ante la globalización*. Edit. Marcial Pons. Madrid. pp. 262-269.

SERRANO GONZÁLEZ, M. 2009. “La Comisión Nacional de la Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la administración general”. En *Derecho de la regulación económica. Volumen III: Sector energético. Tomo I*. MUÑOZ MACHADO, S; SERRANO GONZÁLEZ, M; BACIGALUPO SAGGESE, M (Directores). Edit. Iustel – Inst. Ortega y Gasset. Madrid. pp. 79-123.

SORIANO GARCÍA, J.E. 2009. “Derecho de la competencia: aspectos generales”. En *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo*. Tomo VIII. Edit. Iustel. Madrid. pp. 51-77.

SOSA WAGNER, F. 2004. “Servicio público y papel de la nueva administración y sus entes reguladores”. *Revista de derecho de la Unión Europea*. núm. 7. 2do. Semester, pp 125-152.

STIGLITZ, J. 2007. *El malestar de la globalización*. Edit. Punto de lectura. Buenos Aires.

TÁVARA MARTIN, J.I. 2014. “MEF regulador”. En *Columna de opinión diario La República*, de 18 de enero de 2014 Obtenido de: <http://archivo.larepublica.pe/columnistas/cartas-sobre-la-mesa/mef-regulador-18-01-2014>

TAVARÉS DE ALMEIDA, M. 2001. “La política de la privatización de las telecomunicaciones en Brasil”. *Revista de Economía Política*. vol. 21. núm. 2 (82). abril. pp.43-61. Obtenido de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.rep.org.br/pdf/82-3.pdf>

TEROL GÓMEZ, R. 2000. *El control público de las telecomunicaciones: autoridades reguladoras*. Edit. Tirant lo blanch. Valencia.

TORNOS MÁZ, J. 2014. “La potestad normativa de la Comisión nacional de los mercados de la competencia”. En *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. CARLÓN RUIZ, M (Directora). Edit. Thomson Reuters – Aranzadi. Pamplona. pp. 787-808.

2003. “La intervención pública sobre los precios de los servicios, tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios”. En

*Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín- Retortillo.*  
COSCULLUELA MONTANER, L. (Coordinador) Edit.  
Civitas – Edic. S.L. Madrid. pp. 649-676.

TORAL OROPESA, P. 2015. “*Recensión al libro Regulación y competencia en Servicios de Interés Económico General (SIEG): Análisis Sectoriales y Comparativos.* RUIZ OJEDA, A. (dir.) y ZAMORA ROSELLÓ, M.R (coord.). Edit. Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga”.  
*Revista de Administración Pública.* núm. 197. pp. 424-426.

2013. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”. *Revista actualidad jurídica aranzadi.*  
núm. 869. p. 10.

TORERO, M; PASCO FONT, A. 2001. *El impacto social de la privatización y de la regulación de los servicios públicos en el Perú.* Edit. Grade. Lima.

TORRE DE SILVA, V. 2005. “Sobre la independencia de las Agencias federales en los Estados Unidos de América”. *Revista de Administración Pública.* núm. 167. pp. 475-495.

UGARTECHE GALAZARZA, O. 2004a. *Adiós al Estado, bienvenido el mercado.* Edit. UNMSM - Fondo Editorial. Lima.

2004b. “La nueva corrupción. Tipología y aproximaciones teóricas desde el caso Fujimori / Montesinos”. *Nueva sociedad.* núm. 194. pp. 91-103.

VALADÉS, D. 2009. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales.* Edit. Editorial ADRUS. Arequipa.

VARA HORNA, A.A. 2010. *¿Cómo evaluar la rigurosidad científica de las tesis doctorales?*. Edit. USMP. Lima.

VASALLO MAGRO, J.M; IZQUIERDO DE BARTALOME, R. 2010. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Edit. Comunidad Andina de Fomento (CAF). Lima.

VALENCIA MARTÍN, G. 2004. “Servicios públicos y Organismos Reguladores”. En *Actas del Congreso Nacional Peruano de Derecho Administrativo*. Lima.

VERGARA BLANCO, A. 2012. “A treinta años de la ley general de servicios eléctricos”. En *ADEner. Actas de Derecho de Energía. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*. Edit. Abelardo Perrot – Legal Publishing. Santiago.

2004. “El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizativa”. En *revista de derecho administrativo económico*. núm. 12. pp. 33-49.

VIGNOLO CUEVA, O. 2011. “La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la Administración Pública. Postulados básicos y transformaciones”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. pp. 783-813.  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/131/art/art10.pdf>

VILLAR ROJAS, F.J. 2004. *Las instalaciones esenciales para competencia. Un Estudio de Derecho Público Económico*. Edit. Comares. Granada.

VÍRGALA FORURIA, E. 2014. “Los Organismos Reguladores en el estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español)”. *Revista fundamentos*. núm. 8. pp. 161-211.

2012. “Los Organismos Reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 94. pp 61-115.

2011.a. “Las autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica”. En *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*. CHIRULLI PAOLA E MICCÚ ROBERTO (a cura di). Edit. Jovene Editore. Napoli. pp. 289-317.

2011.b. *Las Agencias reguladoras de la Unión Europea*, Edit. Comares, Granada.

2006. “Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. núm. 5, pp.145-212.

2004. *La constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*. Edit. CEPC. Madrid.

2001. “Servicios públicos y servicios de interés general en la UE (artículo 86.2 TCE)”. *Revista de Estudios Europeos*. núm. 27. pp. 43-76.

ZEGARRA VALDIVIA, D. 2005. *El servicio público fundamentos*. Edit. Palestra. Lima.

